



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1993, Vol. 3, Part 3

1993, Vol. 3, 3^e fascicule

Cited as [1993] 3 F.C., 381-574

Renvoi [1993] 3 C.F., 381-574

Published by
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.
Acting Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.
Commissaire à la magistrature fédérale par intérim

Editorial Board

Executive Editor
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Senior Legal Editor
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer
LAURA VANIER
Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT
Secretary
DENISE CÔTÉ

Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Digests D-23

Beaudoin v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (C.A.)..... 518

Official languages — Official Languages Act, s. 14 entitles person to use official language of choice before federal tribunal — S. 15 obligates tribunal to ensure such evidence heard as requested — Unrepresented party's *bona fide* request, on notice, for hearing in other official language must always be respected — Denial of request denial of natural justice, since fetters party's ability to present case in own way.

Continued on next page

Bureau des arrêtiistes

Directeur général
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.
Arrêtiiste principal
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
Arrêtiistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications
LAURA VANIER
Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
Secrétaire
DENISE CÔTÉ

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

Fiches analytiques..... F-29

Beaudoin c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (C.A.)..... 518

Langues officielles — L'art. 14 de la Loi sur les langues officielles permet à une personne d'employer la langue officielle de son choix devant un tribunal fédéral — L'art. 15 oblige le tribunal à veiller à ce que ce témoignage soit entendu comme il a été demandé — La demande faite de bonne foi et sur préavis par une partie qui n'est pas représentée pour obtenir qu'une audience se déroule dans l'autre langue officielle doit toujours être respectée — Le rejet de cette demande équivaut à un déni de justice naturelle, puisqu'il diminue la capacité de la partie de présenter sa cause à sa façon.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Pensions — Canada Pension Plan defining “spouse” as person cohabiting with deceased contributor in conjugal relationship at time of contributor’s death, having so cohabited for continuous period of at least one year — Continuous period need not immediately precede death.

Boothman v. Canada (T.D.)..... 381

Crown — Torts — Plaintiff’s supervisor, aware of her fragile mental state, harassing, intimidating her with intent to fragment personality, destroy self-esteem — Wilful injuria, malicious purpose constituting intentional tort — Plaintiff’s vulnerability irrelevant to whether tort committed in view of knowledge thereof — Tort directly attributable to employment — Employer responsible for actions of employee placed in position of trust.

Practice — Limitation of actions — Action against Crown for harassment, intimidation of public servant by supervisor — Further claim for negligence on part of senior management for failure to prevent wrongful acts barred by provincial limitation of actions legislation as raised out-of-time — Amendment to pleadings raising new cause of action not retroactive in face of limitation statute unless Court ruling on limitation issue.

Damages — Compensatory — Awarded for emotional distress in case of intentional tort, though not in negligence cases.

Damages — Non-compensatory — Exemplary — Awarded where tortfeasor’s conduct outrageous, compensatory damages awarded inadequate deterrence.

Damages — Limiting principles — Mitigation — Action for assault, intimidation, intentional infliction of nervous shock — Plaintiff declining medical assistance as not trusting psychiatrists — Duty to mitigate damages not discharged.

Egan v. Canada (C.A.)..... 401

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appeal from F.C.T.D. decision denial of spousal benefit under Old Age Security Act not infringing appellant’s rights under Charter, s. 15(1) — Appellants homosexual couple of long-standing — Application for spouse’s allowance denied as appellant not “spouse” under Act, s. 2 — Sexual orientation analogous ground of discrimination under Charter, s. 15(1) — Case law on discrimination reviewed — Similarly situated test rejected by SCC in *Andrews* case — Discrimination under s. 15(1) requiring distinction based on irrelevant personal differ-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Pensions — Le Régime de pensions du Canada définit le terme «conjoint» comme une personne qui a cohabité avec le cotisant décédé dans le cadre d’une relation matrimoniale au moment du décès de celui-ci, et a cohabité avec lui pendant une période continue d’au moins un an — Cette période continue n’a pas à précéder immédiatement le décès.

Boothman c. Canada (1^{re} inst.) 381

Couronne — Responsabilité délictuelle — Harcèlement et intimidation de la demanderesse par son surveillant qui connaissait la fragilité émotive de celle-ci, avec intention de fragmenter sa personnalité et détruire son image d’elle-même — Préjudice intentionnel, intention malicieuse constituant un délit intentionnel — La vulnérabilité de la victime est sans conséquence quant à savoir s’il y a eu délit civil en raison de la connaissance de cette vulnérabilité — Délit civil directement relié à l’emploi — Responsabilité de l’employeur pour les actes d’un préposé placé dans une situation de confiance.

Pratique — Prescription — Action contre la Couronne en raison d’actes de harcèlement et d’intimidation du surveillant d’une fonctionnaire — Prescription acquise, en vertu des dispositions législatives provinciales, de la demande supplémentaire alléguant la négligence de la direction générale à prévenir les actes fautifs — Modification de la déclaration comportant une nouvelle cause d’action sans effet rétroactif, en présence d’une loi portant prescription, à moins de décision expresse du tribunal sur le sujet de la prescription.

Domages-intérêts — Compensatoires — Adjudication de dommages-intérêts compensatoires pour détresse émotive dans le cas de délit intentionnel, même s’il n’en est pas accordé dans les affaires de négligence.

Domages-intérêts — Non-compensatoires — Exemplaires — Adjudication de dommages-intérêts exemplaires dans le cas de conduite révoltante de l’auteur du délit, insuffisance des dommages-intérêts compensatoires comme mesure de dissuasion.

Domages-intérêts — Facteurs limitatifs — Limitation — Action pour voies de fait, intimidation et infliction intentionnelle d’un choc nerveux — Refus d’aide médicale par la demanderesse parce qu’elle n’avait pas confiance aux psychiatres — Inexécution de l’obligation de minimiser les dommages.

Egan c. Canada (C.A.)..... 401

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Appel contre la décision par laquelle la Section de première instance a conclu que le refus d’accorder l’allocation de conjoint prévue à la Loi sur la sécurité de la vieillesse ne porte pas atteinte pas aux droits que l’art. 15(1) de la Charte garantit aux appelants — Les appelants forment une union homosexuelle de longue date — Demande d’allocation de conjoint rejetée par ce motif que l’appellant n’est pas un «conjoint» au sens de l’art. 2 de la Loi — Les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard de l’art. 15(1) de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ences — Whether distinction based on spousal status as opposed to sexual orientation — Relevance of “other non-spousal relationships” — “Concrete” test more appropriate than “abstract” test to finding of discrimination — Impugned legislation not having disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples.

Health and welfare — Application for spouse’s allowance denied as appellant not “spouse” under Old Age Security Act, s. 2 — Whether exclusion of homosexual or same-sex couples from definition of “spouse” discriminatory under Charter, s. 15(1) — Purpose and objective of spouse’s allowance program explained — Finding of discrimination must have regard to purposes and object of impugned legislation, impact on members of disadvantaged group and others excluded — Legislation not having disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples.

Hutchins v. Canada (National Parole Board) (T.D.) 487

Parole — Application for order requiring parole hearing “by exception for the purposes of deportation” — Parole Regulations, s. 11.1(1)(e), exempting inmate subject of deportation order from application of provisions governing minimum term to be served before parole granted, repealed November 1, 1992 — Applicant convicted of narcotics charges in Canada after extradition from U.S.A. — On October 20 signed affidavit admitting member of inadmissible class, subject to deportation, waived rights to inquiry, requested issuance of deportation order — Minister ordering inquiry — Deportation order issued November 18, earliest available inquiry date — Request for parole hearing denied as not meeting requirements of s. 11.1(1)(e) until after repealed — Application allowed — Applicant had “accruing” right to parole review under Regulations that survived repeal — “Right” of any federal inmate falling within s. 11.1(1)(e) to parole hearing at issue — Right particular to applicant established as availed himself of possibility presented by exception in s. 11.1(1)(e) — Acted upon right sufficiently to warrant protection.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Charte — Revue de la jurisprudence en matière de discrimination — Le critère de la situation analogue a été rejeté par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Andrews* — Il y a contra-vention à l’art. 15(1) quand la discrimination est fondée sur des différences personnelles non pertinentes — Il échet d’examiner si la distinction en l’espèce est fondée sur la qualité de conjoint ou sur les tendances sexuelles — Pertinence des «autres relations non conjugales» — Le critère «concret» convient mieux que le critère «abstrait» lorsqu’il s’agit d’examiner s’il y a discrimination — Le texte de loi attaqué n’impose pas un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples d’homosexuels.

Santé et bien-être social — Demande d’allocation de conjoint rejetée par ce motif que l’appelant n’est pas un «conjoint» au sens de l’art. 2 de la Loi sur la sécurité de la vieillesse — Il échet d’examiner si l’exclusion des couples homosexuels ou de personnes du même sexe de la définition de «conjoint» est discriminatoire au sens de l’art. 15(1) de la Charte — Explication des objectifs du programme de l’allocation de conjoint — Pour parvenir à un verdict de discrimination, il faut tenir compte des buts de la loi attaquée, de son effet sur les membres du groupe défavorisé et sur les autres personnes exclues — La Loi attaquée n’impose pas un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples de même sexe.

Hutchins c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1^{re} inst.)..... 487

Libération conditionnelle — Demande d’une ordonnance accordant une audience en vue de l’octroi d’une libération conditionnelle «à titre exceptionnel pour fins d’expulsion» — Abrogation le 1^{er} novembre 1992 de l’art. 11.1(1)e) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, qui soustrait les détenus visés par une mesure d’expulsion de l’application des dispositions régissant la peine d’emprisonnement minimale à purger avant l’octroi d’une libération conditionnelle — Le requérant a été reconnu coupable de trafic de stupéfiant au Canada après avoir été extradé des États-Unis — Le 20 octobre, il a signé un affidavit reconnaissant qu’il appartenait à une catégorie non admissible, passible d’expulsion; il a renoncé à ses droits à une enquête et a demandé la prise d’une mesure d’expulsion à son endroit — Le ministre a ordonné la tenue d’une enquête — La mesure d’expulsion a été prise le 18 novembre, première date d’audience disponible — La demande d’audience en vue de l’octroi d’une libération conditionnelle a été refusée parce que le requérant n’avait pas satisfait aux exigences de l’art. 11.1(1)e) avant son abrogation — Demande accueillie — Le requérant avait un droit «naissant» à une telle audience en vertu d’une disposition réglementaire survivant à l’abrogation — Le point en litige était le «droit» de tout détenu fédéral visé par l’art. 11.1(1)e) à une audience en vue de l’octroi d’une libération conditionnelle — Le droit particulier du requérant a été établi car il s’était prévalu de la possibilité présentée par l’exception prévue à l’art. 11.1(1)e) — Il a donné suffisamment suite au droit pour justifier une protection.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Person having criminal record in U.S.A., extradited to stand trial in Canada — Convicted, imprisoned for narcotics offences in Canada — Admitting member of inadmissible class, waiving right to inquiry, asking for deportation — Minister ordering inquiry — Same held, convict's deportation ordered after date legislation exempting convicts under deportation order from serving minimum time before parole granted repealed — Whether convict had "accruing" right to parole review — Had taken all procedural steps to obtain deportation order — No question convict member of inadmissible class — Adjudicator had no discretion not to issue deportation order.

Hutchins v. Canada (National Parole Board) (C.A.) 505

Parole — Appeal from trial judgment requiring parole hearing — American extradited to, convicted, sentenced in Canada — Parole Regulations, s. 11.1(1)(e) (entitling him to parole by exception for deportation hearing) repealed November 1, 1992 — Deportation order not issued until November 18, due to administrative delays — S. 11.1(1)(e) hearing denied for failure to meet statutory condition precedent of being subject of deportation order — Trial Judge holding respondent meeting two criteria for "accruing" right to review — F.C.A. holding no existing right to parole review until statutory condition precedent met — Right not accruing when existence conditional on event yet to happen — Deportation order not inevitable.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from trial judgment requiring appellants to grant parole hearing — Respondent, American, extradited to Canada where convicted, sentenced — Parole Regulations, s. 11.1(1)(e) providing for parole by exception for deportation hearing, repealed before deportation order issued due to administrative delay — Parole hearing denied as condition precedent (deportation order) of s. 11.1(1)(e) not met — Appeal allowed — Respondent meeting neither of two criteria for accruing right to hearing — Issuance of deportation order not inevitable — Although respondent admitting membership in inadmissible class, adjudicator still required to hold hearing, render formal judgment.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Individu ayant un casier judiciaire aux États-Unis extradé au Canada pour subir un procès — Individu déclaré coupable et incarcéré pour avoir commis au Canada une infraction liée à des stupéfiants — A reconnu qu'il appartenait à une catégorie non admissible, a renoncé à son droit à une enquête et a demandé à être expulsé — Le ministre a ordonné la tenue d'une enquête — L'enquête a été tenue, l'expulsion de l'individu a été ordonnée après la date d'abrogation de la disposition législative dispensant les condamnés frappés d'une mesure d'expulsion d'avoir à purger une peine d'emprisonnement minimale avant d'avoir droit à une libération conditionnelle — Question de savoir si le détenu jouissait d'un droit «naissant» à un examen en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle — Toutes les étapes procédurales ont été franchies pour obtenir une mesure d'expulsion — Le détenu appartenait incontestablement à une catégorie non admissible — L'arbitre n'avait pas d'autre choix que de prendre une mesure d'expulsion.

Hutchins c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (C.A.)..... 505

Libération conditionnelle — Appel d'un jugement de première instance exigeant la tenue d'une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle — Extradition, déclaration de culpabilité et condamnation d'un Américain au Canada — L'art. 11.1(1)e du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus (qui donnait droit à une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion) a été abrogé le 1^{er} novembre 1992 — La mesure d'expulsion n'a pas été émise avant le 18 novembre, à cause de retards administratifs — L'audience prévue par l'art. 11.1(1)e a été refusée pour défaut de satisfaire à la condition légale préalable d'être passible d'une mesure d'expulsion — Le juge de première instance a statué que l'intimé satisfaisait aux deux critères prévus pour avoir un droit «naissant» à un examen — La C.A.F. a décrété qu'il n'existait aucun droit à un examen en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle avant d'avoir satisfait à la condition légale préalable — Un droit n'est pas «naissant» lorsque son existence est subordonnée à un fait non encore survenu — La mesure d'expulsion n'était pas un fait inévitable.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel d'un jugement de première instance obligeant d'accorder aux appelants une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle — L'intimé, un Américain, a été extradé au Canada où il a été déclaré coupable et condamné — L'art. 11.1(1)e du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, qui prévoyait la tenue d'une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion, a été abrogé avant que la mesure d'expulsion soit prononcée à cause de retards administratifs — L'audience relative à l'octroi de la libération conditionnelle a été refusée car une condition préalable (mesure d'expulsion) de l'art. 11.1(1)e n'avait pas été satisfaite — Appel accueilli — L'intimé ne satisfaisait à aucun des deux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Puccini v. Canada (Director General, Corporate Administrative Services, Agriculture Canada) (T.D.) 557

Public service — Workplace harassment complaint against applicant — Applicant reassigned and relocated during investigation — Interim relief sought pending final disposition of application for judicial review: to be returned to normal workplace; to prohibit further steps in matter under judicial review; to obtain material relating to matter — Consequences of laying harassment complaint — Circumstances dictating separation of complainant, supervisor — No irreparable harm in not now returning applicant to former workplace as harm already done — As to balance of convenience, interests of complainant, public to be considered — Granting stay would have chilling effect on harassment complaints throughout Public Service.

Judicial review — Equitable remedies — Injunctions — Public Service boss reassigned whilst subordinate's harassment complaint under investigation — Seeking injunction restraining process pending judicial review — Also seeking return to usual workplace, release of information regarding complaint — Counsel in agreement relevant test that in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.* — Judge, *dubitante*, forming reasons on that basis — Serious question to be tried as harassment complaint serious matter, applicant alleging process here used, Treasury Board policy not respecting duty to act fairly — Failure to now reinstate applicant not causing irreparable harm as any harm already done — Public interest, convenience of complainant to be considered in assessing balance of convenience.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Respondent Director General federal board, commission or tribunal within meaning of Federal Court Act, s. 2 — Matter subject to judicial review though more in nature of continuing process than specific decision or order.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

critères prévus pour avoir un droit naissant à une audience — La prise d'une mesure d'expulsion n'était pas un fait inévitable — Même si l'intéressé reconnaissait qu'il appartenait à une catégorie de personnes non admissibles, l'arbitre devait quand même tenir une audience et rendre un jugement officiel.

Puccini c. Canada (Directeur général, Services de l'administration corporative, Agriculture Canada) (1^{re} inst.)..... 557

Fonction publique — Plainte de harcèlement en milieu de travail contre le requérant — Affectation et transfert du requérant à un autre poste pendant l'enquête — En attendant l'issue du recours en contrôle judiciaire, le requérant conclut à ordonnance provisoire enjoignant à l'intimé de le réaffecter à son lieu de travail antérieur, de s'abstenir de toute autre mesure relative à la matière faisant l'objet de ce recours, et de lui communiquer certains documents y relatifs — Conséquences d'une plainte de harcèlement — Les circonstances nécessitent l'éloignement de la plaignante et de son supérieur — Le défaut de réaffecter maintenant le requérant à son lieu de travail antérieur ne causera pas un préjudice irréparable puisque le mal est déjà fait — Pour ce qui est de la balance des inconvénients, il faut tenir compte aussi des intérêts de la plaignante et de l'intérêt général — Une ordonnance provisoire produirait l'effet d'une douche froide sur les plaintes de harcèlement au sein de la fonction publique.

Contrôle judiciaire — Recours en *equity* — Injonctions — Affectation du supérieur hiérarchique à un autre poste durant l'enquête sur la plainte de harcèlement formulée par une subordonnée — Le requérant conclut à injonction contre le processus en attendant l'issue du recours en contrôle judiciaire — Il demande également sa réaffectation au lieu de travail antérieur et la communication de renseignements relatifs à la plainte — Les avocats des deux parties conviennent de l'applicabilité du critère défini dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.* — Le juge, *dubitatif*, prononce ses motifs à la lumière de ce critère — Question sérieuse à trancher parce qu'une plainte de harcèlement est une affaire sérieuse, le requérant soutenant que la procédure observée par l'intimé et la politique du Conseil du Trésor vont à l'encontre de l'obligation d'équité — Le défaut de réaffecter maintenant le requérant ne causera pas un préjudice irréparable puisque le mal est déjà fait — Pour ce qui est de la balance des inconvénients, il faut tenir compte aussi de l'intérêt général et des inconvénients dont pourrait souffrir la plaignante.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le directeur général intimé est un office fédéral au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — La question est visée par le recours en contrôle judiciaire même si elle consiste en un processus continu, non pas en telle ou telle décision ou ordonnance.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Travers v. Canada (Chief of Defence Staff) (T.D.).... 528

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Board of Inquiry hearing to review principles, policies, practices of Canadian Airborne Regiment Battle Group closed to public — Not breach of Charter, s. 2(b) right to freedom of press because not judicial, quasi-judicial enquiry — Board's function not meeting test set out in *MNR v. Coopers and Lybrand* — To require public hearing propounding right to information in absolute terms, effectively metamorphosing process of internal enquiry into adjudication function characteristic of judicial proceeding.

Armed forces — Board of Inquiry hearing to review principles, policies, practices of Canadian Airborne Regiment Battle Group closed to public — Board's function not judicial, quasi-judicial — More in-house, routine procedure — Within Convening Authority's decision to close enquiry to public.

Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)..... 540

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from Immigration and Refugee Board's finding appellant had insufficient grounds to fear persecution based on political opinion — Deserting Iranian military during paramedic training upon learning of intention to use chemical warfare against Kurds — Board holding objection to chemical warfare not valid, reasonable because as paramedic would not be fighting, but serving in humanitarian capacity — Board erred in factual findings, analysis of prospective participation in warfare — Absolute proposition prosecution, not persecution, where government merely enforcing ordinary law of general application insupportable in re majority of countries from which refugee claims arise — Review of case law — General propositions relating to status of ordinary laws of general application set out — Use of chemical weapons contrary to international customary law — Where type of military action individual avoiding condemned by international legal community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion can be regarded as persecution — Ordinary Iranian conscription law of general application as applied to conflict in which Iran intended to use chemical weapons persecution for political opinion.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Travers c. Canada (Chef d'état-major de la défense) (1^{re} inst.)..... 528

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Audience à huis clos de la commission d'enquête chargée de l'examen de divers principes, politiques et pratiques du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien — Le droit à la liberté de la presse garanti à l'art. 2b) de la Charte n'a pas été violé car il ne s'agit pas d'une enquête judiciaire ou quasi judiciaire — La fonction de la commission ne satisfait pas aux critères énoncés dans l'arrêt *MRN c. Coopers and Lybrand* — Exiger une audience publique, c'est ériger le droit à l'information en droit absolu et transformer un processus d'enquête interne en une fonction juridictionnelle propre aux procédures judiciaires.

Forces armées — Audience à huis clos de la commission d'enquête chargée de l'examen de divers principes, politiques et pratiques du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien — La commission n'exerce pas une fonction judiciaire ou quasi judiciaire — Il s'agit plus d'une enquête interne, normale — L'autorité convocatrice était habilitée à ne pas tenir de séance publique.

Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)..... 540

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que l'appellant n'avait pas de motifs valables de craindre d'être persécuté pour son opinion politique — L'appellant a déserté l'armée iranienne au cours d'une formation de travailleur paramédical lorsqu'il a appris l'intention de recourir à la guerre chimique contre les Kurdes — La Commission a décidé que l'objection à la guerre chimique n'était ni valable ni raisonnable parce que l'appellant, en tant que travailleur paramédical, ne combattrait pas, mais qu'il jouait un rôle d'ordre humanitaire — La Commission a commis une erreur dans ses conclusions de fait, dans son analyse d'une participation éventuelle à la guerre — Affirmer de façon absolue qu'il s'agit de poursuite, et non de persécution, lorsqu'un gouvernement applique simplement une loi ordinaire d'application générale, ne saurait valoir pour la majorité des pays à l'origine des affaires de réfugiés — Examen de la jurisprudence — Exposé des propositions générales relatives au statut des lois ordinaires d'application générale — L'usage d'armes chimiques va à l'encontre du droit coutumier international — Lorsque le type d'action militaire que l'individu en question évite est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion peut être considérée comme une persécution — La loi iranienne sur la conscription ayant une application générale, appliquée à un conflit dans lequel l'Iran avait l'intention de faire usage d'armes chimiques, équivaut à de la persécution pour des opinions politiques.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

International law — Convention refugee claimant had deserted Iranian army on learning of intention to use chemical weapons in war against Kurds — Conscientious objection to participation in chemical warfare — Whether fearing persecution or prosecution for contravening ordinary law of general application — Reference to international conventions prohibiting use of poisonous gases, other forms of chemical warfare — Iran v. Iraq War only conflict in which chemical weapons used in past 75 years — Use of such weapons now to be considered against international customary law — Where type of military action objected to is condemned by international legal community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion regarded as persecution.

SOMMAIRE (Fin)

Droit international — Un demandeur de statut de réfugié au sens de la Convention a déserté l'armée iranienne lorsqu'il a appris que celle-ci avait l'intention de faire usage d'armes chimiques dans une guerre contre les Kurdes — Objection de conscience à la participation à la guerre chimique — S'agit-il d'une crainte de persécution ou de poursuite pour violation d'une loi ordinaire d'application générale? — Mention des conventions internationales qui interdisent le recours à des gaz toxiques, à d'autres formes de guerre chimique — Au cours des soixante-quinze dernières années, la guerre Iran-Irak était le seul conflit dans lequel des armes chimiques ont été utilisées — L'usage de ces armes devrait maintenant être considéré comme allant à l'encontre du droit coutumier international — Lorsque le type d'action militaire qui a fait l'objet d'une objection est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion est considérée comme une persécution.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1993, Vol. 3, Part 3

1993, Vol. 3, 3^e fascicule

T-1667-86

T-1667-86

Lorraine Boothman (*Plaintiff*)**Lorraine Boothman** (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

a

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)*INDEXED AS: BOOTHMAN v. CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: BOOTHMAN c. CANADA (1^{re} INST.)*

Trial Division, Noël J.—Calgary, March 18; Ottawa, April 29, 1993.

b Section de première instance, juge Noël—Calgary, 18 mars; Ottawa, 29 avril 1993.

Crown — Torts — Plaintiff's supervisor, aware of her fragile mental state, harassing, intimidating her with intent to fragment personality, destroy self-esteem — Wilful injuria, malicious purpose constituting intentional tort — Plaintiff's vulnerability irrelevant to whether tort committed in view of knowledge thereof — Tort directly attributable to employment — Employer responsible for actions of employee placed in position of trust.

c *Couronne — Responsabilité délictuelle — Harcèlement et intimidation de la demanderesse par son surveillant qui connaissait la fragilité émotive de celle-ci, avec intention de fragmenter sa personnalité et détruire son image d'elle-même — Préjudice intentionnel, intention malicieuse constituant un délit intentionnel — La vulnérabilité de la victime est sans conséquence quant à savoir s'il y a eu délit civil en raison de la connaissance de cette vulnérabilité — Délit civil directement relié à l'emploi — Responsabilité de l'employeur pour les actes d'un préposé placé dans une situation de confiance.*

Practice — Limitation of actions — Action against Crown for harassment, intimidation of public servant by supervisor — Further claim for negligence on part of senior management for failure to prevent wrongful acts barred by provincial limitation of actions legislation as raised out-of-time — Amendment to pleadings raising new cause of action not retroactive in face of limitation statute unless Court ruling on limitation issue.

d *Pratique — Prescription — Action contre la Couronne en raison d'actes de harcèlement et d'intimidation du surveillant d'une fonctionnaire — Prescription acquise, en vertu des dispositions législatives provinciales, de la demande supplémentaire alléguant la négligence de la direction générale à prévenir les actes fautifs — Modification de la déclaration comportant une nouvelle cause d'action sans effet rétroactif, en présence d'une loi portant prescription, à moins de décision expresse du tribunal sur le sujet de la prescription.*

Damages — Compensatory — Awarded for emotional distress in case of intentional tort, though not in negligence cases.

e *Dommages-intérêts — Compensatoires — Adjudication de dommages-intérêts compensatoires pour détresse émotive dans la cas de délit intentionnel, même s'il n'en est pas accordé dans les affaires de négligence.*

Damages — Non-compensatory — Exemplary — Awarded where tortfeasor's conduct outrageous, compensatory damages awarded inadequate deterrence.

f *Dommages-intérêts — Non-compensatoires — Exemplaires — Adjudication de dommages-intérêts exemplaires dans le cas de conduite révoltante de l'auteur du délit, insuffisance des dommages-intérêts compensatoires comme mesure de dissuasion.*

Damages — Limiting principles — Mitigation — Action for assault, intimidation, intentional infliction of nervous shock — Plaintiff declining medical assistance as not trusting psychiatrists — Duty to mitigate damages not discharged.

g *Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Limitation — Action pour voies de fait, intimidation et infliction intentionnelle d'un choc nerveux — Refus d'aide médicale par la demanderesse parce qu'elle n'avait pas confiance aux psychiatres — Inexécution de l'obligation de minimiser les dommages.*

This was an action claiming damages for assault, intimidation and the intentional infliction of nervous shock. The plaintiff worked alone in a branch office of Canada Oil and Gas Lands Administration (COGLA) with a supervisor. From the time that he hired her, her supervisor was aware of her fragile mental state. An authoritative individual, he sought to control her by threats of bodily harm, insults in front of others, and yelling profanities at her. He monitored her breaks and forbade her to leave the office without permission. Eventually, head

i Il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour voies de fait, intimidation et infliction intentionnelle d'un choc nerveux. La demanderesse était la seule employée de son surveillant dans un bureau régional de l'Administration du pétrole et du gaz des terres du Canada (l'APGTC). Depuis le moment où il a embauché la demanderesse, son surveillant était au courant de son état de fragilité émotive. Celui-ci, qui était autoritaire, a cherché à la contrôler par des menaces de sévices, des insultes en présence d'autrui et par la profération de jurons. Il surveil-

office was forced to investigate and concluded that the supervisor was guilty of harassment and that the plaintiff had psychiatric problems. The situation continued to deteriorate, until the plaintiff was finally released from her employment. There was medical evidence that the supervisor's conduct was applied to deliberately fragment the plaintiff's personality, and destroy her self-worth. The plaintiff has a persisting phobic apprehension of harassment and fear of loss of emotional control and employment precipitated by the events at COGLA.

The plaintiff, in an amended statement of claim, further alleged negligence by senior managers in failing to prevent the supervisor from committing the wrongful acts. The amended statement of defence alleged that the claim raised in negligence was barred by the *Limitation of Actions Act* of Alberta, section 51 which provides that an action in negligence "may be commenced within 2 years after the cause of action arose, and not afterwards". The facts on which this additional claim was framed took place in 1984 and 1985.

Held, the action should be allowed.

In order to engage the vicarious liability of the Crown, the plaintiff had to establish that a tort had been committed by a servant of the Crown, and demonstrate that this tort was committed in the course of the servant's employment.

The argument has been made that a defendant should be held liable where he has actual notice of a person's vulnerability and intentionally seeks to cause that person harm which goes to the heart of that vulnerability. The supervisor acted in the knowledge of the plaintiff's condition and deliberately exploited it to bring her to a state of mental collapse so that she would quit her job. There was wilful *injuria*, and malicious purpose to cause the plaintiff to breakdown mentally. There was no issue of remoteness or foreseeability, nor was there any question of whether the supervisor's actions would have caused nervous shock to a normal person. When a person knowingly exploits another's emotional and mental vulnerability thereby causing a severe and lasting mental breakdown, it is irrelevant that a normal person would not have been so adversely affected.

There is no difference in law between a servant who, entrusted with the supervision of personnel, abuses that authority and a servant entrusted with the care of goods who converts those goods to his own use. In both cases, the wrong is directly attributable and connected to the responsibility conferred on the servant. The supervisor was placed by his employer in a special position of trust and used that position to inflict mental pain on the plaintiff. The employer must bear the responsibility of ensuring that an employee is capable of trust. That is the rationale behind the vicarious liability of an employer. In so abusing the position of trust, the supervisor was acting in the course of his employment and the defendant's liability was engaged.

lait ses pauses et lui interdisait de quitter le bureau sans sa permission. En fin de compte, le bureau-chef a dû faire enquête et a conclu que le surveillant était coupable de harcèlement et que la demanderesse souffrait de problèmes psychiatriques. La situation a continué d'empirer jusqu'à ce la demanderesse soit congédiée. Selon la preuve médicale, les actes du surveillant visaient expressément à fragmenter la personnalité de la demanderesse et à lui faire perdre sa confiance en elle-même. La demanderesse souffrit d'une peur malade et persistante d'être harcelée et de perdre le contrôle de ses émotions et son emploi, peur que les événements survenus à l'APGTC ont précipité.

Dans une déclaration modifiée, la demanderesse allègue en outre que la direction générale a été négligente en n'empêchant pas le surveillant de commettre les actes fautifs. La défense modifiée soutient que la demande en négligence est prescrite en vertu de l'article 51 la *Limitations of Actions Act* de l'Alberta, qui dispose qu'une action en négligence [TRADUCTION] «peut être intentée dans les deux ans qui suivent la cause d'action au plus tard». Les faits invoqués dans cette demande supplémentaire se sont produits en 1984 et 1985.

Jugement: l'action est accueillie.

Pour que l'État puisse être jugé responsable à titre de commettant, la demanderesse doit d'abord établir qu'un délit a été commis par un préposé de l'État, puis démontrer que le préposé a commis ce délit dans l'exercice de ses fonctions.

On a soutenu qu'un défendeur doit être jugé responsable lorsqu'il a connaissance de la vulnérabilité d'une personne et qu'il cherche intentionnellement à lui causer un préjudice qui va au cœur de cette vulnérabilité. Le surveillant a agi alors qu'il connaissait l'état de la demanderesse et a délibérément profité de cet état pour l'amener à craquer mentalement et à quitter son emploi. Il y a eu préjudice intentionnel et but malicieux de faire craquer les nerfs de la défenderesse. La question de l'éloignement ou de la prévisibilité ne se pose pas, non plus que celle de savoir si les actes du surveillant auraient causé un choc nerveux à une personne normale. Lorsqu'une personne profite sciemment de la vulnérabilité émotionnelle et mentale d'autrui, lui causant par là un effondrement mental grave et permanent, il importe peu qu'une personne normale n'ait pas subi des conséquences aussi néfastes.

Il n'y a pas de différence, au plan juridique, entre le cas d'un préposé qui, alors qu'il était chargé de superviser du personnel, abuse de son pouvoir et celui d'un préposé, à qui on a confié des biens, qui détourne ces biens à son profit. Dans les deux cas, la faute est directement attribuable et liée à l'obligation ou à la responsabilité imposée au préposé. Le surveillant avait été affecté à un poste de confiance spécial par son employeur et il s'est servi de cette situation pour infliger de la souffrance mentale à la demanderesse. L'employeur doit assumer la responsabilité de s'assurer que l'employé est digne de confiance. C'est la raison qui sous-tend la responsabilité de l'employeur à titre de commettant. En abusant de sa situation d'autorité, le surveillant agissait dans l'exercice de ses fonctions et la responsabilité de la défenderesse a été ainsi engagée.

There was no basis for allowing the wrongdoer to escape liability on the ground that the plaintiff had a pre-existent vulnerability because the supervisor knowingly exploited that vulnerability, thereby exacerbating her condition. Nonetheless, the award for damages had to be measured so as to compensate plaintiff for actual damages suffered and, in that regard, the plaintiff's pre-existent vulnerability was relevant. Although damages have been awarded for psychological or emotional distress in intentional tort cases, recognizable psychiatric illness must be proven, and stress, strain, upset and anxiety have been held not compensable in negligence actions. In terms of damages, it mattered little that the plaintiff had a predisposition to mental collapse, as it was the wilful exploitation of that predisposition which caused the damages for which compensation was sought. Courts may award punitive or exemplary damages where a defendant deliberately exposed the plaintiff to risk without justification, even if not specifically pleaded. The sole factor militating against the award sought was that the plaintiff refused to accept offers of medical assistance extended by COGLA officials in that she distrusted psychiatrists. In not responding to such offers, the plaintiff failed in her duty to mitigate damages. The plaintiff was awarded \$5,000 for pain and suffering due to the intentional infliction of nervous shock, \$20,000 for loss of future earnings, \$5,000 for pain and suffering as a result of assaults on her person, and in view of the supervisor's outrageous conduct and the fact that \$30,000 was inadequate for the purpose of deterrence, \$10,000 as exemplary damages.

The amended statement of claim raised a cause of action which was distinct from that originally raised, and statute barred when the amended claim was filed. From the very beginning the plaintiff believed that she had been wronged by the actions of senior management. She could not now say that she only became aware of the additional cause of action in September 1992 when given full discovery of the relevant documents. An amendment which alleges a new cause of action is not retroactive in the face of a limitation statute, unless the Court in allowing the amendment actually rules on the issue of limitation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 3(a), 10.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.
Judgment Interest Act, S.A. 1984, c. J-0.5, ss. 2, 4.
Limitation of Actions Act, R.S.A., 1980, c. L-15, s. 51.

Il n'y a pas de motif de laisser l'auteur du délit échapper à la responsabilité parce que la demanderesse était déjà vulnérable puisque le surveillant a sciemment exploité cette vulnérabilité ce qui a empiré son état. Cependant, la somme accordée à titre de dommages-intérêts doit être fixée de manière à indemniser la demanderesse pour les dommages réellement subis et, à cet égard, la vulnérabilité préexistante de la demanderesse est un facteur pertinent. Même si les tribunaux ont accordé des dommages-intérêts pour une détresse psychologique ou émotive dans des affaires de délit intentionnel, il faut prouver une maladie psychiatrique reconnaissable et le stress, la tension nerveuse et le trouble ne sont pas susceptibles d'indemnisation dans les actions fondées sur la négligence. En termes de dommages, il importe peu que la demanderesse eût une prédisposition à l'effondrement mental, puisque c'est l'exploitation délibérée de cette prédisposition qui a causé les dommages pour lesquels il y a demande d'indemnisation. Les tribunaux ont compétence pour accorder des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires lorsqu'un défendeur a exposé délibérément le demandeur à un risque sans justification, même si ces dommages-intérêts n'ont pas été expressément demandés. Il y a un seul facteur militant contre l'adjudication de la somme demandée, le refus, par la demanderesse, parce qu'elle n'avait pas confiance aux psychiatres, des offres d'aide médicale présentées par les fonctionnaires de l'APGTC. En refusant ces offres, la demanderesse a manqué à son devoir de minimiser les dommages. La demanderesse a droit à 5 000 \$ pour souffrances et douleurs consécutives à l'infliction intentionnelle d'un choc nerveux, à 20 000 \$ pour manque à gagner et à 5 000 \$ pour souffrances et douleurs consécutives aux voies de fait et, en raison du comportement honteux du superviseur et parce que 30 000 \$ ne suffisent pas, pour fins de dissuasion, elle a aussi droit à la somme de 10 000 \$ à titres de dommages-intérêts exemplaires.

La déclaration modifiée soulève une cause d'action distincte de la demande originale et elle était prescrite quand la demande a été inscrite. Depuis le début, la demanderesse croyait que la direction générale avait mal agi et que ces actes lui avaient causé une injustice. Elle ne peut maintenant soutenir qu'elle n'a pris connaissance de la cause d'action additionnelle qu'en septembre 1992 quand elle a reçu communication complète des documents pertinents. Une modification dans laquelle une nouvelle cause d'action est alléguée n'est pas rétroactive, en présence d'une loi de prescription, à moins qu'en autorisant la modification, le tribunal ne se soit prononcé sur le sujet de la prescription.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Judgment Interest Act, S.A. 1984, ch. J-0.5, art. 2, 4.
Limitation of Actions Act, R.S.A., 1980, ch. L-15, art. 51.
Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3a), 10.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 420.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Wilkinson v. Downton, [1897] 2 Q.B. 57; *Starkman v. Delhi Court Ltd.*, [1961] O.R. 467; (1961), 28 D.L.R. (2d) 269 (C.A.); *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1972] A.C. 1027 (H.L.); *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 296; (1984), 51 B.C.L.R. 200; 4 C.C.E.L. 170; 29 C.C.L.T. 78 (S.C.); *Timmermans v. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (Ont. H.C.); *Crown Diamond Paint Co. Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 794 (T.D.); *The Queen v. Levy Brothers Company Limited and The Western Assurance Company*, [1961] S.C.R. 189; (1961), 26 D.L.R. (2d) 760.

DISTINGUISHED:

Guay v. Sun Publishing Co., [1953] 2 S.C.R. 216; [1953] 4 D.L.R. 577; *Heighington et al. v. The Queen in right of Ontario et al.* (1987), 60 O.R. (2d) 641; 41 D.L.R. (4th) 208; 41 C.C.L.T. 230; 2 C.E.L.R. (N.S.) 93 (H.C.).

REFERRED TO:

McElroy v. Cowper-Smith and Woodman, [1967] S.C.R. 425; (1967), 62 D.L.R. (2d) 65; 60 W.W.R. 82; *Weiss Forwarding Ltd. v. Ommus*, [1976] 1 S.C.R. 776; (1975), 63 D.L.R. (3d) 654; 20 C.P.R. (2d) 93; 5 N.R. 511.

AUTHORS CITED

Prosser, William L. *Handbook on the Law of Torts*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1971.
Williams, Jeremy S. "Tort Liability for Nervous Shock in Canada." *Studies in Canadian Tort Law*. Edited by Allen M. Linden. Toronto: Butterworths, 1968, pp. 139-159.

ACTION for damages for assault, intimidation and the intentional infliction of nervous shock by one Crown servant against another. Action allowed.

COUNSEL:

David J. Corry for plaintiff.
Bruce Logan for defendant.

SOLICITORS:

Milner Fenerty, Calgary, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Wilkinson v. Downton, [1897] 2 Q.B. 57; *Starkman v. Delhi Court Ltd.*, [1961] O.R. 467; (1961), 28 D.L.R. (2d) 269 (C.A.); *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1972] A.C. 1027 (H.L.); *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 296; (1984), 51 B.C.L.R. 200; 4 C.C.E.L. 170; 29 C.C.L.T. 78 (C.S.); *Timmermans v. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (H.C. Ont.); *Crown Diamond Paint Co. Ltd. c. R.*, [1980] 2 C.F. 794 (1^{re} inst.); *The Queen v. Levy Brothers Company Limited and The Western Assurance Company*, [1961] R.C.S. 189; (1961), 26 D.L.R. (2d) 760.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Guay v. Sun Publishing Co., [1953] 2 R.C.S. 216; [1953] 4 D.L.R. 577; *Heighington et al. v. The Queen in right of Ontario et al.* (1987), 60 O.R. (2d) 641; 41 D.L.R. (4th) 208; 41 C.C.L.T. 230; 2 C.E.L.R. (N.S.) 93 (H.C.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

McElroy c. Cowper-Smith and Woodman, [1967] R.C.S. 425; (1967), 62 D.L.R. (2d) 65; 60 W.W.R. 82; *Weiss Forwarding Ltd c. Ommus*, [1976] 1 R.C.S. 776; (1975), 63 D.L.R. (3d) 654; 20 C.P.R. (2d) 93; 5 N.R. 511.

DOCTRINE

Prosser, William L. *Handbook on the Law of Torts*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1971.
Williams, Jeremy S. «Tort Liability for Nervous Shock in Canada.» *Studies in Canadian Tort Law*. Edited by Allen M. Linden. Toronto: Butterworths, 1968, p. 139 à 159.

ACTION en responsabilité pour voies de fait, intimidation et infraction intentionnelle d'un choc nerveux à un préposé de l'État par un autre préposé de l'État. Action accueillie.

AVOCATS:

David J. Corry pour la demanderesse.
Bruce Logan pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Milner Fenerty, Calgary, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

NOËL J.:

EDITOR'S NOTE

The Executive Editor has made a determination that His Lordship's reasons for judgment herein should be reported as abridged. Omitted from the report are the initial 29 pages which contain a detailed review of the facts of the case. There follows a summary of the facts.

This was an action claiming damages of \$50,000 for assault, intimidation and the intentional infliction of nervous shock. The alleged tortfeasor was plaintiff's supervisor, Stalinski, at the Calgary office of Canada Oil and Gas Lands Administration, an organization which was a branch of both E.M.R. and Indian Affairs. An amended statement of claim alleged negligence on the part of other Crown servants for their failure to restrain Stalinski, but this cause of action was found to be barred as raised out of time.

Plaintiff, born in 1944, was a divorced woman who supported a child as a single mother. She held a secretarial diploma, a B.A. in Anthropology and had studied the latter subject at the Master's level. Stalinski hired her as Assistant Liaison Officer over several other job applicants though doubting her psychological health. Plaintiff and Stalinski were the only two employees at COGLA's Calgary office. On plaintiff's first day on the job, her boss told her that her lack of eye contact at the interview suggested to him that she had a lot of guilt and might need time off for mental reasons. The working relationship between plaintiff and Stalinski, from the inception of her employment on July 4, 1984 until she was terminated on January 4, 1985, was stormy and tumultuous. On numerous occasions Stalinski threatened plaintiff with bodily harm. He would insult plaintiff in front of others and yell profanities at her. He monitored her breaks and forbade plaintiff to leave the office without his permission. During one of their heated arguments, Stalinski exclaimed: "What do I have to do to get you to do what I tell you? Bash your head in!" Eventually, plaintiff filed a complaint with the C.H.R.C. and brought the situation to the attention of COGLA

LE JUGE NOËL:

NOTE DE L'ARRÊTISTE

Le directeur général a statué que les motifs du juge dans le présent jugement seront publiés sous forme abrégée. Sont omis du Recueil, les 29 premières pages qui comportent un exposé détaillé des faits de l'espèce. Voici un résumé de ces faits.

Il s'agit d'une action en responsabilité de 50 000 \$ pour voies de fait, intimidation et infraction intentionnelle d'un choc nerveux. L'auteur du délit, selon la demande, M. Stalinski, était le surveillant de la demanderesse au bureau de Calgary de l'Administration du pétrole et du gaz des terres du Canada, organisme qui relevait à la fois d'Énergie, Mines et Ressources et des Affaires indiennes. Une déclaration modifiée invoque la négligence d'autres préposés de l'État d'empêcher M. Stalinski d'agir de la sorte, mais cette cause d'action a été jugée prescrite.

La demanderesse, née en 1944, était divorcée et la mère d'un enfant à sa charge. Elle était titulaire d'un diplôme de secrétariat, d'un baccalauréat es arts avec spécialisation en anthropologie et elle a poursuivi des études au niveau de la maîtrise dans la même discipline. M. Stalinski l'a embauchée comme agent de liaison adjoint la préférant à de nombreux autres candidats, même s'il avait des doutes sur son équilibre psychologique. M. Stalinski et la demanderesse étaient les deux seuls employés du bureau de l'APGTC à Calgary. Dès la première journée de travail de la demanderesse, son patron lui a mentionné que son regard fuyant à l'entrevue lui faisait croire qu'elle avait beaucoup de culpabilité et qu'elle avait peut-être besoin d'un congé pour raison de santé mentale. Depuis le début de son emploi, le 4 juillet 1984, jusqu'à ce qu'elle soit renvoyée, le 4 janvier 1985, les relations entre la demanderesse et M. Stalinski ont été houleuses. À maintes occasions, M. Stalinski a menacé la demanderesse de voies de fait. Il insultait la demanderesse en présence d'autres personnes et lui criait des injures. Il surveillait ses pauses et lui interdisait de quitter le bureau sans sa permission. Pendant l'une de leurs disputes, M. Sta-

Senior Management at Ottawa. A COGLA executive officer was sent out from Ottawa to conduct an investigation. This upset Stalinski who asked that plaintiff be given her release. The investigator concluded that plaintiff had psychiatric and emotional problems and that Stalinski was guilty of harassment. Stalinski had to travel to Ottawa for a psychiatric evaluation and a decision was made to carry out a financial and operations audit of the Calgary office. The investigation revealed that Stalinski had been using office facilities for the purposes of his own locksmithing business and making unauthorized charges to the public for government publications. Stalinski was let off with an oral reprimand—there being no prior documented evidence of misbehaviour on his part—and he and plaintiff were now to report directly to one Klaubert, a COGLA officer at Ottawa. This new reporting arrangement did little to ameliorate the situation. On one occasion Stalinski and plaintiff engaged in a tug-of-war over a cart used to move files. He yelled at her, calling her a bitch. Stalinski and plaintiff would send letters and memoranda to their supervisor complaining about one another. When senior officials finally decided that decisive action had to be taken, plaintiff was let go.

The Crown's position was that Stalinski in no way harassed plaintiff but that if he did, he was not acting in the course of his employment. If plaintiff sustained any damages, the same resulted from her disorderly and disgraceful conduct.

His Lordship concluded that Stalinski took a military approach to those under his authority,

linski s'est écrié [TRADUCTION] «Que dois-je faire pour que vous fassiez ce que je vous dis, vous défoncer le crâne!» La demanderesse a fini par déposer une plainte à la Commission canadienne des droits de la personne et a porté la situation à l'attention de la direction générale de l'APGTC à Ottawa. L'APGTC a envoyé l'un de ses cadres dirigeants d'Ottawa pour faire enquête. Ceci a contrarié M. Stalinski qui a demandé le congédiement de la demanderesse. L'enquêteur a conclu que la demanderesse souffrait de problèmes émotifs et psychiatriques et que M. Stalinski était coupable de harcèlement. M. Stalinski a dû se rendre à Ottawa pour se soumettre à une évaluation psychiatrique et il a été décidé de procéder à une vérification financière et opérationnelle du bureau de Calgary. La vérification a révélé que M. Stalinski avait utilisé les installations du bureau pour exploiter son entreprise personnelle de serrurerie et qu'il avait demandé, sans droit, au public de payer pour des publications gouvernementales. M. Stalinski n'a eu qu'une réprimande orale parce qu'il n'y avait pas, à son dossier, de preuve écrite de mauvaise conduite antérieure. Lui et la demanderesse devaient dorénavant relever directement de M. Klaubert, un cadre de l'APGTC à Ottawa. Ce nouvel arrangement quant à leur surveillance, n'a pas beaucoup contribué à améliorer la situation. À un moment donné, M. Stalinski et la demanderesse se sont tirillés pour un chariot servant au transport des dossiers. Il l'a insultée et l'a traitée de salope. M. Stalinski et la demanderesse envoyaient des lettres et notes de service à leur surveillant pour se plaindre l'un de l'autre. Quand la direction générale a finalement décidé qu'il fallait prendre des mesures définitives, la demanderesse a été congédiée.

La Couronne a soutenu que M. Stalinski n'avait nullement harcelé la demanderesse et que s'il l'avait fait, il n'agissait pas alors dans l'exercice de ses fonctions. Si la demanderesse avait subi un préjudice quelconque, il résultait de sa conduite désordonnée et déshonorante.

Le juge conclut que M. Stalinski traitait ses subordonnés d'une manière militaire, qu'il était

was set in his ideas as to how an office should be run and considered COGLA's Calgary office as his own. His use of violent language towards plaintiff had increased as plaintiff demonstrated her refusal to give in to his attempts to control and dominate her. On one occasion, Stalinski told his supervisor, Klaubert, that he could no longer bear plaintiff and would wring her neck "until all life has ceased". Again, Stalinski threatened to rip off her lips and break her arm. On certain occasions when uttering such threats, Stalinski would be brandishing a screwdriver or have a hammer on his desk. Stalinski admitted to Klaubert that he kept tools at the office to irritate plaintiff. There was considerable evidence of conduct aimed at controlling and dominating plaintiff. Stalinski exploited plaintiff's sensitivities by making derogatory comments and took actions which he knew would engender extreme emotional reactions. There was medical evidence that Stalinski's conduct was "applied to deliberately fragment or break down her personality or identity structure and destroy her self-worth". Expert evidence was given by a social worker to the effect that plaintiff's "phobic apprehension of harassment, and loss of emotional control and employment in the work environment was precipitated by the traumatic events which took place during her employment" with COGLA. Plaintiff's condition has persisted for over five years and the prognosis for recovery is doubtful. It was necessary for plaintiff to remember the facts in preparation for trial and the result of this circumstance was to "strengthen recall rather than facilitating the natural post-traumatic healing process and gradual suppression of painful recall". The Court accepted the social worker's evidence that, while plaintiff had difficulties in relating prior to joining COGLA, events there worsened her condition and triggered the state of severe depression from which she now suffers.

rigide dans sa manière de gérer le bureau et qu'il considérait le bureau de l'APGTC à Calgary comme son bien propre. La violence verbale dont il a fait preuve envers la demanderesse augmentait d'autant plus que celle-ci refusait de céder à ses tentatives de la contrôler et de la dominer. À un moment donné, M. Stalinski a dit à son surveillant, M. Klaubert, qu'il ne pouvait plus supporter la demanderesse et qu'il lui tordrait le cou [TRADUCTION] «jusqu'à ce qu'elle en meure». À une autre occasion, M. Stalinski l'a menacée de lui arracher les lèvres et de lui casser le bras. Parfois, au moment de proférer ces menaces, M. Stalinski brandissait un tourne-vis ou avait un marteau sur son bureau. M. Stalinski a admis en présence de M. Klaubert qu'il gardait des outils au bureau pour irriter la demanderesse. Il y a amplement de preuve de conduite visant à contrôler et dominer la demanderesse. M. Stalinski exploitait les sensibilités de la défenderesse en lui faisant des remarques désobligeantes et en faisant ce qu'il savait de nature à engendrer des réactions émotives extrêmes. La preuve médicale indique que M. Stalinski avait un comportement destiné [TRADUCTION] «à fragmenter ou démolir [l]a personnalité [de la demanderesse] ou son identité et la priver de l'estime d'elle-même». Le témoignage d'une travailleuse sociale indique que la demanderesse avait une appréhension phobique à l'égard du harcèlement, de la perte de maîtrise émotive et de son emploi dans le milieu de travail a été précipité par les événements traumatisants qui se sont produits pendant son emploi à l'APGTC. L'état de la demanderesse a duré plus de cinq ans et la probabilité de rétablissement est mince. Il a fallu à la demanderesse se remémorer les faits pour préparer le procès et cette nécessité a eu pour résultat de [TRADUCTION] «garder [les événements] frais à sa mémoire plutôt que de faciliter le processus normal de guérison post-traumatique et la suppression graduelle des souvenirs douloureux». Le tribunal a accepté le témoignage de la travailleuse sociale selon laquelle, même si la demanderesse souffrait de difficultés dans ses relations sociales avant de travailler à l'APGTC, les événements qui s'y sont produits ont aggravé son état en déclanchant le grave état de dépression dont elle souffre maintenant.

ANALYSIS

The *Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, governs the liability of the Crown in tort and, in order to establish her case, the plaintiff must come within the parameters of paragraph 3(a) and section 10 of that Act. They provide that:

3. The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown;

10. No proceedings lie against the Crown by virtue of paragraph 3(a) in respect of any Act or omission of a servant of the Crown unless the act or omission would apart from the provisions of this Act have given rise to a cause of action in tort against that servant or the servant's personal representative.

In order to engage the vicarious liability of the Crown, the plaintiff must first establish that a tort has been committed by a servant of the Crown, and then demonstrate that this tort was committed in the course of the servant's employment.

Dealing with the first question, it is clear from the evidence that when Mr. Stalinski hired the plaintiff, he was well aware of her mental vulnerability. In my view, Mr. Stalinski did not hire plaintiff despite that vulnerability as he professed, but because of it. He was looking to hire an employee who would readily submit to his control, and plaintiff, because of her apparent fragile state, was a fitting candidate. He exploited that vulnerability from the onset, initially to assert his control and domination over the plaintiff and later, when that failed, with the view of causing her to break down and quit her job. The first thing he did on plaintiff's initial day of employment was to convey to her the fact that he was aware of her mental problem and that she had only gotten the position on paper. The only conceivable reason for those remarks was to make it clear to plaintiff, from the very beginning, that her future with COGLA was wholly within his control.

Mr. Stalinski's language and actions towards plaintiff grew progressively more violent as plaintiff showed her determination to resist his attempts to

ANALYSE

La *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50, régit la responsabilité délictuelle de l'État et, pour que la demanderesse puisse avoir gain de cause, les critères prévus à l'alinéa 3a) et à l'article 10 de cette Loi doivent être remplis. Ces dispositions prévoient ce qui suit:

3. En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour:

a) les délits civils commis par ses préposés;

10. L'État ne peut être poursuivi, sur le fondement de l'alinéa 3a), pour les actes ou omissions de ses préposés que lorsqu'il y a lieu en l'occurrence, compte tenu de la présente loi, à une action en responsabilité civile délictuelle contre leur auteur ou ses représentants.

Pour que l'État puisse être jugé responsable à titre de commettant, la demanderesse doit d'abord établir qu'un délit a été commis par un préposé de l'État, puis démontrer que ce délit a été commis dans l'exercice des fonctions du préposé.

Pour ce qui est de la première question, la preuve révèle clairement que lorsque M. Stalinski a embauché la demanderesse, il était tout à fait conscient de la vulnérabilité mentale de cette dernière. À mon avis, si M. Stalinski a embauché la demanderesse, ce n'était pas malgré cette vulnérabilité, comme il l'a dit, mais bien à cause de celle-ci. Il cherchait à engager un employé qui se soumettrait facilement à son autorité et la demanderesse, à cause de son état fragile apparent, était une candidate idéale. Il a exploité cette vulnérabilité dès le départ, d'abord pour affirmer son autorité et sa domination sur la demanderesse et, plus tard, quand cela eut échoué, dans le but de la démoraliser et de l'amener à quitter son emploi. Dès le premier jour de travail de la demanderesse, il lui a tout de suite dit qu'il était au courant de son problème mental et qu'elle n'avait été embauchée que sur titre. S'il a fait ces remarques, ce ne pouvait être que pour bien faire comprendre à la demanderesse, d'entrée de jeu, que son avenir à l'APGTC dépendait entièrement de lui.

M. Stalinski s'est montré de plus en plus violent envers la demanderesse, en paroles et en gestes, au fur et à mesure que la demanderesse manifestait sa

dominate her. He intentionally assaulted the plaintiff on numerous occasions by wilfully creating an apprehension of immediate harmful or offensive contact and, on one occasion, resorting to direct force against the plaintiff thereby causing bodily harm. In addition, Mr. Stalinski humiliated, insulted, manipulated and harassed the plaintiff at every turn. He exploited her and succeeded in destroying the plaintiff's self-esteem. He intended to cause her harm and succeeded in that attempt. The damage resulting from these actions is psychological in nature and includes depression and anxiety attacks, feelings of suicidal despair and social isolation.

The law with respect to the intentional infliction of nervous shock and that of assault causing emotional or psychological harm has been the focus of much commentary.

In an essay found in Professor Linden's work entitled *Studies in Canadian Tort Law*, Butterworths, 1968, Jeremy S. Williams comments on the tort of intentional infliction of nervous shock and makes the argument that, as an exception to the general rule, a defendant should be held liable where he has actual notice of a person's vulnerability and intentionally seeks to cause that person harm which goes to the heart of that vulnerability. At pages 142-143, the author states that:

Persons with constitutional weaknesses making them more susceptible to nervous shock than those of average hardihood present a problem. It would be simple to allow them recovery on the same basis as ordinary members of the community, but this is thought to impose an unnecessarily heavy burden on defendants. An actor should be entitled to assume that persons likely to be affected by his actions have normal fortitude. Conduct which would not cause nervous shock to a normal person should not be regarded as tortious. Justice Schauer, in *Amaya v. Home Ice* (1963) 379, P. 2d 513, stated, "... the increased liability imposed on an intentional wrongdoer appears to reflect the psychological fact that solicitude for the interests of the actor weighs less in the balance as his moral guilt increases and the social utility of his conduct diminishes." However, where a defendant has actual notice that a potential plaintiff has a pre-existent vulnerability, there will be liability, as an exception to the usual rule, because such actions carry a greater moral reprehensibility.

détermination de résister à ses tentatives de domination. Il a intentionnellement agressé la demanderesse à plusieurs reprises en suscitant volontairement la crainte d'un danger immédiat ou d'un contact offensif et, dans un cas, il a employé la force physique contre la demanderesse, lui causant un préjudice corporel. En outre, M. Stalinski a humilié, insulté, manipulé et harcelé la demanderesse chaque fois qu'il le pouvait. Il l'a exploitée et a réussi à détruire sa dignité. Il voulait lui causer du tort et il a réussi. Ces actes ont donné lieu à des dommages d'ordre psychologique, notamment des crises de dépression et d'anxiété, des sentiments de désespoir suicidaire et d'isolement social.

Le droit relatif à la provocation intentionnelle d'un choc nerveux et aux voies de fait causant un préjudice émotif ou psychologique a fait l'objet d'une abondante doctrine.

Dans un article publié dans l'ouvrage du professeur Linden intitulé *Studies in Canadian Tort Law*, Butterworths, 1968, Jeremy S. Williams commente le délit qui consiste à provoquer intentionnellement un choc nerveux et soutient que, contrairement à la règle générale, un défendeur devrait être jugé responsable lorsqu'il a connaissance de la vulnérabilité d'une personne et qu'il cherche intentionnellement à lui causer un préjudice qui va au cœur de cette vulnérabilité. Aux pages 142 et 143, l'auteur affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Les personnes dont les faiblesses constitutionnelles les rendent plus susceptibles de souffrir d'un choc nerveux que les personnes moyennement vigoureuses présentent un problème. Il serait simple de leur permettre de recouvrer des dommages-intérêts au même titre que n'importe qui, mais l'on croit que cette solution impose un fardeau excessif aux défendeurs. L'auteur d'un acte devrait pouvoir présumer que les personnes susceptibles d'être touchées par celui-ci ont une force d'âme normale. Une conduite qui ne causerait pas de choc nerveux à une personne normale ne devrait pas être considérée comme délictuelle. Dans l'arrêt *Amaya v. Home Ice* (1963), 379 P. 2d 513, le juge Schauer a affirmé que «... la responsabilité accrue imposée à l'auteur d'un délit intentionnel semble refléter le fait qu'au plan psychologique, la sollicitude que l'on éprouve pour les intérêts de l'auteur de l'acte a d'autant moins d'importance que sa culpabilité morale s'accroît et que l'utilité sociale de son geste diminue». Cependant, lorsqu'un défendeur sait qu'un demandeur éventuel a une vulnérabilité préexistante, il engagera sa responsabilité, contrairement à la règle habituelle, puisque de tels actes sont plus répréhensibles, au plan moral.

The case law on this point originates with the case of *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B. 57. In this case, a verbal hoax misfired and caused nervous shock to the person of the plaintiff. Wright J. said [at pages 58-59]:

The defendant has, as I assume for the moment, wilfully done an act calculated to cause physical harm to the plaintiff—that is to say, to infringe her legal right to personal safety, and has in fact thereby caused physical harm to her. That proposition without more appears to me to state a good cause of action, there being no justification alleged for the act. This wilful injuria is in law malicious, although no malicious purpose to cause the harm which was caused nor any motive of spite is imputed to the defendant.

In *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 296 (B.C.S.C.), Madam Justice McLachlin, while sitting as a Justice of the Supreme Court of British Columbia, accepted the rule laid down in *Wilkinson v. Downton* as the foundation for the tort. In that case, the plaintiff was a bank teller who, as a result of being wrongfully accused of stealing money, suffered mental suffering.

In *Timmermans v. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (Ont. H.C.), the Court found that the rule in *Wilkinson v. Downton* applied where the defendant, who had knowledge of the plaintiff's fragile emotional state, assisted in obtaining his unlawful eviction. As a result, the plaintiff suffered serious psychological trauma. In this case, Catzman J. thoroughly canvassed the rule in *Wilkinson v. Downton* and distinguished the tort of intentional infliction of nervous shock from that of assault. At page 138, he states:

To start with, the *Wilkinson* principle is clearly distinguishable in function from the tort of assault. While this is no place for an exhaustive catalogue of the distinctions, I would offer the following:

(a) In assault, the apprehension felt by a plaintiff must be of imminent and unwelcome physical contact to *himself*. In *Wilkinson* cases, that *may* be so, but typically is not. Thus, Mrs. Wilkinson was afraid only for her husband's safety, as was Mrs. Purdy in her case: while Mademoiselle Janvier's fear was not of physical contact at all, any more than Miss Rahemtulla's was; and poor old Mrs. Bielitski was stricken

La jurisprudence sur cette question part de l'arrêt *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B. 57. Dans cette affaire, un canular n'a pas eu l'effet escompté et a causé un choc nerveux au demandeur. Le juge Wright a affirmé ce qui suit [aux pages 58 et 59]:

[TRADUCTION] Le défendeur a, comme je le présume pour le moment, intentionnellement commis un acte destiné à causer un préjudice physique à la demanderesse—c'est-à-dire violer son droit à la sécurité personnelle, et il lui a causé, de fait, un préjudice physique en conséquence. Cette proposition à elle seule me semble représenter une bonne cause d'action, puisqu'on n'a pas tenté de justifier l'acte. Ce préjudice intentionnel est, au plan juridique, malicieux, bien que l'on n'impute au défendeur aucun but malicieux de causer le préjudice subi et aucun mobile malveillant.

Dans la décision *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 296 (C.S.C.-B.), Madame le juge McLachlin, alors qu'elle siégeait comme juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a accepté la règle énoncée dans l'arrêt *Wilkinson v. Downton* comme fondement du délit. Dans cette affaire, la demanderesse travaillait comme caissière dans une banque et avait éprouvé des souffrances mentales après avoir été faussement accusée d'avoir volé de l'argent.

Dans le jugement *Timmermans v. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (H.C. Ont.), le tribunal a jugé que la règle énoncée dans l'arrêt *Wilkinson v. Downton* s'appliquait lorsque le défendeur qui connaissait l'état émotif fragile du demandeur a aidé à l'évincer illégalement. En conséquence de cet acte, le demandeur a subi un grave traumatisme psychologique. Dans ce jugement, le juge Catzman a soigneusement examiné la règle énoncée dans l'arrêt *Wilkinson v. Downton* et a fait la distinction entre le délit de provocation intentionnelle d'un choc nerveux et celui de voies de fait. À la page 138, il affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Pour commencer, on peut faire une nette distinction entre le principe énoncé dans l'arrêt *Wilkinson* et le délit de voies de fait. Bien qu'il ne convienne pas, ici, de dresser une liste exhaustive des différences, je signalerais les suivantes:

a) Dans le cas des voies de fait, le demandeur doit craindre de subir *lui-même* un contact physique imminent et important. Dans la jurisprudence qui s'inspire de l'arrêt *Wilkinson*, ce *peut* être le cas, mais rarement. Ainsi, Mme Wilkinson craignait uniquement pour la sécurité de son époux, à l'instar de Mme Purdy dans son cas; Mlle Janvier ne craignait pas du tout un contact physique, non plus que Mlle Rahem-

with unnecessary grief for her supposedly dead son, rather than any fear for herself.

(b) Assault is commonly held, upon the somewhat shaky authority . . . to be an essentially physical tort, necessarily involving some physical gesture and thus incapable of being committed by words alone. In contrast, the tort committed in *Wilkinson* cases is typically . . . entirely verbal . . .

(c) In one respect, the *Wilkinson* tort, generally complementary to assault, is narrower than the latter tort. For in assault, a plaintiff need only show "apprehension," the slightest emotional disquiet or annoyance being apparently enough. In *Wilkinson v. Downton* cases, by contrast, the plaintiff is compelled to show a devastating trauma to the nervous system sufficient in law to amount to that unscientific notion of "nervous shock".

Catzman J. then went on to postulate the requirements for establishing the tort of intentional infliction of nervous shock. At page 140, he enumerates those requirements as follows:

(i) An overt act, whether physical, verbal or both by the defendant.

(ii) Intent by the defendant¹ to do that act or to speak those words.

(iii) Circumstances which would lead a reasonable person in the position of the defendant to foresee a reasonable likelihood of fear or emotional upset on the part of the plaintiff . . .

(iv) Actual harm amounting to nervous shock—i.e. going beyond the kind of emotional upset needed to satisfy element (iii) . . . and going beyond, in many instances, the limits of reasonable prevision.

In the case at hand, Mr. Stalinski, as had the defendant in the *Timmermans* case, acted in the knowledge of plaintiff's condition, but the distinguishing feature is that he deliberately exploited her condition with the view of bringing her to collapse mentally and quit her job. Not only was there general wilful *injuria* of the *Wilkinson* type, but there was also the malicious purpose to cause the plaintiff to breakdown mentally.

¹ In the reported case the sentence reads: "Intent by the plaintiff to do that act or speak those words". It is obvious that this should read "Intent by the defendant" and therefore I have taken the liberty of writing it as such in the above quote.

tulla; et la pauvre vieille Mme Bielecki a souffert d'une affliction inutile pour son fils prétendument défunt, plutôt que d'une crainte quelconque pour elle même.

b) S'appuyant sur une jurisprudence plutôt précaire, on considère généralement les voies de fait comme un délit essentiellement physique, qui implique nécessairement un geste physique, si bien qu'il ne peut être commis en paroles seulement. Par ailleurs, le délit dont il est question dans la jurisprudence qui s'inspire de l'arrêt *Wilkinson* est généralement . . . entièrement verbal . . .

c) À un égard, le délit de la jurisprudence *Wilkinson*, lequel est généralement complémentaire aux voies de fait, est plus étroit que ce dernier délit. En effet, dans le cas de voies de fait, un demandeur n'a qu'à prouver «la crainte», le moindre trouble ou mécontentement émotif étant apparemment suffisant. Dans la jurisprudence qui s'inspire de *Wilkinson v. Downton*, au contraire, le demandeur doit établir qu'il a subi un traumatisme au système nerveux suffisamment dévastateur, au plan juridique, pour équivaloir à cette notion non scientifique de «choc nerveux».

Le juge Catzman a alors énoncé les exigences pour établir le délit de provocation intentionnelle d'un choc nerveux. À la page 140, il énumère ces exigences en ces termes:

[TRADUCTION] (i) Le défendeur doit avoir commis un acte ou prononcé des paroles.

(ii) Le défendeur¹ doit avoir eu l'intention de commettre cet acte ou de prononcer ces paroles.

(iii) Une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances que le défendeur, aurait pu prévoir que le demandeur allait vraisemblablement avoir peur ou souffrir d'un trouble émotif . . .

(iv) Il doit y avoir eu un dommage réel équivalent à un choc nerveux—c'est-à-dire un dommage plus grave que le genre de trouble émotif nécessaire pour satisfaire au critère (iii) . . . et qui va au-delà, dans plusieurs cas, de ce qui était raisonnablement prévisible.

En l'espèce, M. Stalinski, à l'instar du défendeur dans l'affaire *Timmermans*, a agi alors qu'il connaissait l'état de la demanderesse. Cependant, ce qu'il y a de particulier, en l'espèce, est qu'il a délibérément profité de l'état de la demanderesse pour l'amener à craquer mentalement et quitter son emploi. M. Stalinski avait non seulement l'intention générale de causer un préjudice comme dans l'affaire *Wilkinson*,

¹ Dans le jugement publié, la phrase est libellée: «Le demandeur doit avoir eu l'intention de commettre cet acte ou de prononcer ces paroles». Il est évident que cette phrase devrait se lire «Le défendeur doit avoir eu l'intention». Dans le même ordre d'idée, le mot «demandeur» tel qu'il apparaît au paragraphe (i) devrait se lire «défendeur». Je me suis donc permis de faire ces corrections dans la citation ci-dessus.

There is accordingly no issue of remoteness or foreseeability in the present case, nor is there any question as to whether the actions of Mr. Stalinski would have caused nervous shock to a normal person. When a person knowingly exploits another's emotional and mental vulnerability thereby causing a severe and lasting mental breakdown, it is no answer to state that a normal person would not have been so adversely affected.

Once it has been proven that a tort has been committed by a servant of the Crown, it remains for the plaintiff to establish that the tort was committed in the course of the servant's employment. The jurisprudence with respect to the liability of a master for the actions of its servants is canvassed in the case of *Crown Diamond Paint Co. Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 794 (T.D.). Dubé J. states, at pages 799-800:

Learned counsel for the defendant claimed that a master is not responsible for damage by his servant when the latter is not acting within the scope of duty but "on a frolic of his own". She quoted a number of authorities on the subject. As I pointed out to her at the hearing, it used to be that a bailee was not responsible for the loss of property by the theft of his own servant, unless the bailee had given occasion for the theft by his own negligence, or by that of some other of his servants employed to take care of the property. However, the Court of Appeal has now held in *Morris v. C.W. Martin and Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716 at p. 737, that the responsibility of the bailee must depend on whether the servant by whom the theft is committed is one to whom the charge or custody of the thing stolen has been entrusted by his master. In other words, if such a servant steals the thing entrusted to him, he is acting nevertheless in the course of his employment. He is doing fraudulently what he is employed to do honestly. In *Morris v. C.W. Martin and Sons Ltd.* a firm of cleaners to whom a furrier had sent the plaintiff's mink stole were found liable for the theft of the stole by an employee whose duty it was to clean it.

It is a question of fact whether the employment merely provided an opportunity for the theft, or was part of the task on which the servant was engaged.

A master will not get off his liability merely because his servant was temporarily going on a frolic of his own. The question is whether the activity was reasonably incidental to the performance of his authorized duties, or involved so substantial a departure that the servant must be regarded as a stranger *vis-à-vis* his master.

This has been the law in Canada for some time. In *The Queen v. Levy Brothers Company Limited and*

il voulait également, par malveillance, faire craquer les nerfs de la demanderesse. Par conséquent, la question de l'éloignement ou de la prévisibilité du dommage ne se pose pas en l'espèce, et il n'y a pas lieu non plus de se demander si les actes de M. Stalinski auraient provoqué un choc nerveux chez une personne normale. Lorsqu'une personne profite sciemment de la vulnérabilité émotive et mentale d'autrui, lui causant par là un effondrement mental grave et permanent, elle ne peut se défendre en disant qu'une personne normale n'aurait pas subi des conséquences aussi néfastes.

Une fois qu'il a prouvé qu'un préposé de l'État a commis un délit, il reste au demandeur à établir que le délit a été commis dans l'exercice des fonctions du préposé. La jurisprudence relative à la responsabilité d'un commettant pour les actes de ses préposés est examinée dans le jugement *Crown Diamond Paint Co. Ltd. c. R.*, [1980] 2 C.F. 794 (1^{re} inst.). Le juge Dubé affirme ce qui suit, aux pages 799-800:

[TRADUCTION] L'avocate de la défenderesse fait valoir qu'un commettant n'est pas responsable du dommage causé par son préposé lorsque ce dernier agit hors du cadre de ses fonctions. À l'appui de cette affirmation, elle a cité un certain nombre de décisions. Comme je lui ai indiqué à l'audition, la règle était qu'un dépositaire n'est pas responsable du vol d'un bien lorsque ce vol est le fait de son propre préposé, à moins que le vol n'ait été rendu possible par sa propre négligence ou par celle de ses préposés qu'il avait chargés de prendre soin du bien. Toutefois, dans l'affaire *Morris c. C.W. Martin and Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716, à la p. 737, la Cour d'appel a décidé que la responsabilité du dépositaire n'est engagée que si le préposé auteur du vol est celui à qui il avait confié la garde de la chose. Autrement dit, si ce préposé vole la chose dont il avait la garde, le vol a lieu dans l'exercice de ses fonctions. Il fait malhonnêtement ce qu'il est chargé de faire honnêtement. Dans *Morris c. C.W. Martin and Sons Ltd.*, un teinturier à qui un fourreur avait envoyé l'étole de vison de la partie demanderesse a été déclaré responsable du vol de l'étole par un employé chargé de la nettoyer.

Le point de savoir si le vol a été commis à l'occasion de l'exercice de ses fonctions par le préposé ou dans l'exercice de celles-ci est une question de fait.

Un commettant ne peut être exonéré de sa responsabilité simplement parce que son préposé a à un moment donné agi hors du cadre de ses fonctions. Ce qu'il importe de déterminer c'est si l'acte du préposé se rattache suffisamment à l'exercice de ses fonctions ou en est tellement éloigné que l'intéressé doit être considéré comme un étranger à l'égard de son commettant.

Cette règle de droit a cours au Canada depuis un certain temps. Dans *The Queen v. Levy Brothers*

The Western Assurance Company, [1961] S.C.R. 189, Mr. Justice Ritchie, in a case involving the theft of a parcel of diamonds by officers of the Customs Postal Branch, stated [at pages 191-192]:

Customs officers are required by s. 44(3) of the *Post Office Act* . . . to "deal with" dutiable mail in accordance with the laws relating to customs pending delivery to the addressee or return to Canada Post Office, and it was in the course of so dealing with the respondent's parcel of diamonds that an employee or employees of the Crown converted them to his or their own use. The employee or employees concerned were thus doing fraudulently that which they were employed to do honestly and the theft was, therefore, in my view, committed under circumstances as to render the employer liable for the loss. The law governing these circumstances has been stated in *Story on Agency*, 7th ed., para. 452, in terms which have been approved in this Court on more than one occasion. It is there said:

. . . he (the principal) is held liable to third persons in a civil suit for the frauds, deceits, concealments, misrepresentations, torts, negligences, and other malfeasances, or misfeasances, and omissions of duty, of his agent, in the course of his employment, although the principal did not authorize, or justify, or participate in, or, indeed, know of such misconduct, or even if he forbade the acts, or disapproved of them. [Underlining is mine.]

I can see no difference in law between the case where a servant who, entrusted with the supervision of personnel, abuses that authority in the manner described in these reasons, and that of a servant entrusted with the care of goods who converts those goods for his or her own use. In both cases, the wrong is directly attributable and connected to the duty or responsibility conferred on the servant.

In the case at hand, Mr. Stalinski was placed by his employer in a special position of trust. As Mr. Sherwin, Director General, Resource Evaluation Branch, stated in the disciplinary letter written to Stalinski on October 26, 1984:

You must realize that, due to the fact that the Calgary Office is removed from direct Headquarters supervision, you are in a special position of trust in terms of doing your job and conducting yourself in a manner that reflects well on COGLA, and on you as an employee.

Mr. Stalinski was without supervision. He had ultimate authority to hire, and exercised that authority in

Company Limited and The Western Assurance Company, [1961] R.C.S. 189, M. le juge Ritchie, dans une affaire qui portait sur le vol d'un paquet de diamants commis par des préposés de la direction des services postaux des Douanes, a affirmé ce qui suit [aux pages 191 et 192]:

[TRADUCTION] En vertu de l'art. 44(3) de la *Loi sur les postes*, les préposés des douanes doivent «traiter» le courrier assujéti à des droits de douane conformément aux lois relatives aux douanes en attendant qu'il soit livré au destinataire ou le retourner aux postes canadiennes; or, c'est pendant qu'ils traitaient ainsi le paquet de diamants de l'intimé qu'un ou plusieurs employés de la Couronne l'ont détourné à leur profit. Le ou les employés en cause ont donc fait frauduleusement ce qu'ils avaient été chargés de faire honnêtement, si bien que le vol, à mon avis, a été commis dans des circonstances qui rendent l'employeur responsable de la perte. La règle de droit régissant cette situation a été énoncée dans l'ouvrage *Story on Agency*, 7th ed., par. 452, dans un passage qui a été approuvé par cette Cour à maintes occasions. Il est dit dans cet ouvrage:

. . . il (le mandant) est jugé responsable à l'égard des tiers dans une action civile fondée sur les fraudes, les dols, les dissimulations, les fausses déclarations, les délits, les négligences et les autres fautes de commission, d'exécution ou d'inexécution commis par son mandataire dans l'exercice de ses fonctions, bien que le mandant n'ait pas autorisé cette faute, qu'il ne l'ait pas justifiée et qu'il n'y ait pas pris part quand bien même il n'en avait pas connaissance, même s'il a interdit les actes en cause ou les désapprouvait. [C'est moi qui souligne.]

Je ne vois aucune différence, sur le plan juridique, entre le cas d'un préposé qui, alors qu'il était chargé de superviser du personnel, abuse de son pouvoir de la manière décrite dans les présents motifs, et celui d'un préposé, à qui on a confié des biens, qui détourne ces biens à son profit. Dans les deux cas, la faute est directement attribuable et liée à l'obligation ou à la responsabilité imposée au préposé.

En l'espèce, M. Stalinski s'est vu affecter à un poste de confiance spécial par son employeur. Dans la lettre disciplinaire écrite à M. Stalinski le 26 octobre 1984, M. Sherwin, directeur général, Direction de l'évaluation des ressources, a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] Vous devez savoir que, puisque le bureau de Calgary ne fait l'objet d'aucune supervision directe du bureau principal, vous occupez un poste de confiance spécial, en ce sens où vous devez exercer vos fonctions et vous comporter d'une manière qui fasse honneur à l'APGTC, et à vous, à titre d'employé.

M. Stalinski ne faisait l'objet d'aucune supervision. Il avait carte blanche pour embaucher et il a

a a wrongful manner. He was the sole authority in a two-person office and, after having been placed in that position by his employer, he used that authority to inflict upon plaintiff mental pain and suffering, to harass her, intimidate her, interfere with her, and on occasion assault her. He was placed in this position notwithstanding the fact that Mr. Sherwin and other senior officials of COGLA knew him to be a difficult individual, abrasive in his behaviour, evasive *vis-à-vis* his responsibilities, and prone to losses of temper.

The evidence indicates the occurrence of a prior event where, again, a female employee working alone under Mr. Stalinski's orders left her job after suffering a mental breakdown. If senior officials in Ottawa failed to make the connection between the two occurrences, Mr. Stalinski did not as is evidenced by his memorandum of September 1984 to Don Sherwin wherein, in an attempt to get plaintiff terminated, he stated:

My concern was that Ms. Boothman was exhibiting certain mannerisms also exhibited by a former employee who had some rather serious personality disorders that made it impossible for them to function in a normal work environment.

In my view, when an employer places an employee in a special position of trust, he or she bears the responsibility of ensuring that the employee is capable of trust. That is the rationale which stands behind the vicarious liability of an employer.

Mr. Stalinski used the position of trust in which he was placed by his employer to cause harm to the plaintiff. In so doing, he was acting in the course of his employment and the defendant's liability was thereby engaged.

DAMAGES

I now turn to the issue of damages. As noted earlier, if Mr. Stalinski knowingly exploited the plaintiff's vulnerability, thereby making her condition extensively worse, I can see no basis whatsoever for allowing the wrongdoer to escape his liability on the ground that the plaintiff had a pre-existent vulnerability. That being said, it remains that the award for damages must be measured so as to compensate plaintiff for the actual damages suffered and, in that

exercé fautivement ce pouvoir. Il était la seule autorité dans un bureau de deux personnes et, après avoir été affecté à ce poste par son employeur, il s'est servi de son pouvoir pour infliger à la demanderesse de la douleur et de la souffrance mentales, pour la harceler, l'intimider, s'immiscer dans ses affaires et l'agresser à l'occasion. On lui a confié ce poste, même si M. Sherwin et d'autres hauts fonctionnaires de l'APGTC savaient qu'il avait un caractère difficile, qu'il avait un comportement cinglant, qu'il ne s'acquittait pas de ses responsabilités et qu'il était sujet aux sautes d'humeur.

La preuve montre que, par le passé, une employée qui travaillait seule sous la direction de M. Stalinski avait elle aussi quitté son emploi après avoir souffert d'une dépression mentale. Si les hauts fonctionnaires d'Ottawa n'ont pas fait le lien entre les deux cas, M. Stalinski, lui, l'a fait, comme en témoigne sa note de service de septembre 1984 à Don Sherwin où, alors qu'il tentait d'obtenir le congédiement de la demanderesse, il a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] Je craignais que Mlle Boothman ne manifestât des manies que manifestait également une ancienne employée souffrant de troubles assez graves de la personnalité qui l'empêchaient de fonctionner dans un milieu de travail normal.

À mon avis, lorsqu'un employeur affecte un employé à un poste de confiance spécial, il assume la responsabilité de s'assurer que l'employé est digne de cette confiance. C'est la raison qui sous-tend la responsabilité de l'employeur à titre de commettant.

M. Stalinski s'est servi du poste de confiance auquel son employeur l'avait affecté pour causer du tort à la demanderesse. Ce faisant, il agissait dans l'exercice de ses fonctions et la responsabilité de la défenderesse a ainsi été engagée.

LES DOMMAGES

J'aborde maintenant la question des dommages. Comme nous l'avons noté précédemment, si M. Stalinski a sciemment profité de la vulnérabilité de la demanderesse, aggravant considérablement son état par le fait même, je ne vois absolument pas comment on pourrait permettre à l'auteur du délit d'échapper à sa responsabilité au motif que la demanderesse était déjà vulnérable. Ceci dit, il n'en demeure pas moins que la somme accordée à titre de dommages-intérêts

regard, the plaintiff's pre-existent vulnerability is relevant.

I have referred to the case law with respect to awards under the heading of nervous shock which highlights the distinction between an action framed in negligence and one framed in tort *per se*, i.e. an intentional tort. The basis for this distinction can be gleaned from a reading of the case law which I canvassed earlier. The cases of *Wilkinson*, *Rahemtulla* and *Timmermans* involved intentional torts and, in each case, damages were awarded for psychological or emotional distress similar to that from which the plaintiff suffers. Other cases, notably *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216, and *Heighington et al. v. The Queen in right of Ontario et al.* (1987), 60 O.R. (2d) 641 (H.C.), establish that, in an action framed in negligence, recognizable psychiatric illness must be proven, and stress, strain, upset and anxiety are not compensable. The difference of approach in cases of negligence and of tort was commented on by Professor Prosser in *Handbook on the Law of Torts*, 4th ed. (1971). At pages 30-31, he notes:

There is a definite tendency to impose greater responsibility upon a defendant whose conduct has been intended to do harm, or morally wrong. More liberal rules are applied as to the consequences for which he will be held liable, the certainty of proof required, and the type of damage for which recovery is to be permitted, as well as the measure of compensation. The defendant's interests have been accorded substantially less weight in opposition to the plaintiff's claim to protection when moral iniquity is thrown into the balance. Apparently the courts have more or less unconsciously worked out an irregular and poorly defined sliding scale, by which the defendant's liability is least where his conduct is merely inadvertent, greater when he acts in disregard of consequences increasingly likely to follow, greater still when he intentionally invades the rights of another under a mistaken belief that he is committing no wrong, and greatest of all where his motive is a malevolent desire to do harm.

In the case at hand, the actions of Mr. Stalinski took plaintiff from a fragile emotional state, which

doit être fixée de manière à indemniser la demanderesse pour les dommages réellement subis, et, à cet égard, la vulnérabilité préexistante de la demanderesse est un facteur pertinent.

^a Je me suis reporté à la jurisprudence relativement aux sommes accordées sous le chef du choc nerveux. Ces arrêts mettent en évidence la distinction entre une action fondée sur la négligence et une action fondée sur un délit proprement dit, c'est-à-dire un délit intentionnel. La lecture de la jurisprudence que j'ai examinée précédemment permet de connaître le fondement de cette distinction. Les arrêts *Wilkinson*, *Rahemtulla* et *Timmermans* portaient sur des délits intentionnels, et dans chaque cas, le tribunal a accordé des dommages-intérêts pour une détresse psychologique ou émotive semblable à celle dont souffre la demanderesse. Dans d'autres arrêts, notamment les arrêts *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216, et *Heighington et al. v. The Queen in right of Ontario et al.* (1987), 60 O.R. (2d) 641 (H.C.), les tribunaux ont jugé que dans une action en négligence, il fallait prouver une maladie psychiatrique reconnaissable et que le stress, la tension nerveuse, le trouble et l'anxiété n'étaient pas susceptibles d'être indemnisés. La différence d'approche dans les cas de négligence et de délit a été commentée par le professeur Prosser dans son ouvrage *Handbook on the Law of Torts*, 4^e éd. (1971). Aux pages 30 et 31, il note ce qui suit:

[TRADUCTION] Il y a une nette tendance à imputer une responsabilité plus grande au défendeur dont la conduite avait pour but de causer du tort, ou était moralement répréhensible. Des règles plus larges sont appliquées quant aux conséquences dont il sera tenu responsable, à la certitude de la preuve exigée, et au type de dommage qui donnera lieu à une indemnité, ainsi qu'à l'importance de celle-ci. Lorsque l'iniquité morale entre en ligne de compte, les tribunaux accordent beaucoup moins d'importance aux intérêts du défendeur, par opposition à la demande de protection du demandeur. Apparemment, les tribunaux ont, plus ou moins consciemment, élaboré une échelle mobile irrégulière et mal définie selon laquelle la responsabilité du défendeur est la moindre lorsque sa conduite est simplement due à l'inadvertance, plus grande lorsqu'il agit sans tenir compte des conséquences susceptibles de s'ensuivre, plus grande encore lorsqu'il porte délibérément atteinte aux droits d'autrui en croyant à tort qu'il ne commet aucune faute et la plus grande de toutes lorsqu'il est mû par un désir malveillant de causer du tort.

^j En l'espèce, les actes de M. Stalinski ont amené la demanderesse d'un état émotif fragile, que M. Sta-

was noted by Mr. Stalinski at the time she was hired, to a state of mental collapse and severe nervous depression, the impact of which she continues to exhibit some seven years after the fact. In terms of damages, it matters little, in the circumstances of this case, that plaintiff had a predisposition as it has been shown that it is the wilful exploitation of that predisposition which caused the damages for which she is now seeking compensation.

It has been authoritatively held in this country that there is jurisdiction to award punitive damages or exemplary damages where a defendant deliberately exposes the plaintiff to risk without justification.² Indeed, it does not appear that exemplary damages need be specifically pleaded in order for the Court to exercise this jurisdiction. In *Starkman v. Delhi Court Ltd.*, [1961] O.R. 467 (C.A.), McGillivray J.A. said [at page 472]:

In the present case the award was of a lump sum of \$5,000. In claims of this nature it is not the practice to allow a separate and distinct sum for punitive damages but such, when the circumstances justify it, may be taken into account in the overall assessment. As they are not to be assessed separately there is no compelling necessity that they should be specifically claimed.

Yet, the distinction between compensatory damages and punitive damages must be maintained. As Lord Reid stated in *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1972] A.C. 1027 (H.L.) [at page 1089]:

The only practical way to proceed is first to look at the case from the point of view of compensating the plaintiff. He must not only be compensated for proved actual loss but also for any injury to his feelings and for having had to suffer insults, indignities and the like. And where the defendant behaved outrageously very full compensation may be proper for that. So the tribunal will fix in their minds what sum would be proper as compensatory damages. Then if it has been determined that the case is a proper one for punitive damages the tribunal must turn its attention to the defendant and ask itself whether the sum which it has already fixed as compensatory damages is or is not adequate to serve the second purpose of punishment or deterrence. If they think that that sum is adequate for the second purpose as well as for the first they must not add anything

² See *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425; *Weiss Forwarding Ltd. v. Omnis*, [1976] 1 S.C.R. 776.

linski a noté au moment où elle a été embauchée, à un état d'effondrement mental et de dépression nerveuse grave, dont elle continue à manifester les conséquences quelque sept ans plus tard. En termes de dommages, il importe peu, en l'espèce, que la demanderesse eût une prédisposition puisqu'il a été démontré que c'est l'exploitation délibérée de cette prédisposition qui a causé les dommages pour lesquels elle demande maintenant d'être indemnisée.

La plus haute cour du pays a jugé que les tribunaux avaient compétence pour accorder des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires lorsqu'un défendeur exposait délibérément le demandeur à un risque sans justification². En effet, il ne semble pas nécessaire de demander expressément des dommages-intérêts exemplaires dans les plaidoiries pour que la Cour puisse exercer cette compétence. Dans l'arrêt *Starkman v. Delhi Court Ltd.*, [1961] O.R. 467 (C.A.), le juge McGillivray, J.C.A. a affirmé ce qui suit [à la page 472]:

[TRADUCTION] En l'espèce, la Cour a accordé une somme globale de 5 000 \$. Dans les demandes de cette nature, il n'est pas courant d'accorder une somme séparée et distincte à titre de dommages-intérêts punitifs, mais le tribunal peut, lorsque les circonstances le justifient, tenir compte de tels dommages-intérêts dans l'évaluation globale. Puisque le tribunal n'a pas à les évaluer séparément, il n'est pas absolument nécessaire de les demander expressément.

Pourtant, il faut maintenir la distinction entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts punitifs. Comme l'a affirmé lord Reid dans l'arrêt *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, [1972] A.C. 1027 (H.L.) [à la page 1089]:

[TRADUCTION] La seule manière pratique de procéder est d'examiner d'abord la demande en vue d'indemniser le demandeur. Il doit être indemnisé non seulement pour la perte réelle prouvée, mais également pour tout dommage causé à ses sentiments et pour les insultes, indignités et autres choses du genre qu'il a dû subir. Et lorsque le défendeur s'est comporté honteusement, il y a peut-être lieu d'accorder une indemnité très complète. Le tribunal décidera donc de la somme qu'il y a lieu d'accorder à titre de dommages-intérêts compensatoires. Ensuite, s'il a été jugé qu'il y a lieu, en l'espèce, d'accorder des dommages-intérêts punitifs, le tribunal doit examiner le comportement du défendeur et se demander si la somme qu'il a déjà fixée comme dommages-intérêts compensatoires suffit ou non à atteindre le second objectif de punition ou de dissuasion. Si le

² Voir les arrêts *McElroy c. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.S.C. 425 et *Weiss Forwarding Ltd. c. Omnis*, [1976] 1 R.C.S. 776.

to it. It is sufficient both as compensatory and as punitive damages. But if they think that sum is insufficient as a punishment then they must add to it enough to bring it up to a sum sufficient as punishment. The one thing which they must not do is to fix sums as compensatory and as punitive damages and add them together. They must realise that the compensatory damages are always part of the total punishment.

It is always difficult for the Court to ascertain damages with any precision. The Court must look at the evidence and the state of the plaintiff and, as Lord Reid said in *Broome v. Cassell Co. Ltd.* (*supra*), look at the case with a view of compensating the plaintiff. Here, the total award sought by plaintiff is \$50,000.

The sole factor militating against that award lies in the fact that, at the relevant time, plaintiff refused to accept the offers of medical assistance extended by the COGLA officials. Plaintiff argued that she was justified in refusing this assistance because she did not trust psychiatrists. This may be so, but, in assessing damages, the Court must look objectively at the means which were made available to plaintiff to minimize or contain the damages from which she now suffers. In not responding to the offers of medical assistance, she failed in her duty to minimize her damages.

In view of all the evidence, I award the following:

1. For damages suffered as a result of the intentional infliction of nervous shock, the sum of \$5,000 for pain and suffering and \$20,000 for loss of future earnings.
2. For pain and suffering as a result of the assaults on her person, the sum of \$5,000.
3. Given the reprehensible conduct of Mr. Stalinski, his outrageous and unacceptable behaviour towards the plaintiff, the fact that the sum of \$30,000 is inadequate for the purpose of deterrence, I would add to that amount the sum of \$10,000 as exemplary damages.

tribunal croit que cette somme est adéquate pour atteindre ce second objectif ainsi que le premier, il ne doit pas y ajouter quoi que ce soit. Cette somme suffira à la fois à titre de dommages-intérêts compensatoires et punitifs. Cependant, si le tribunal croit que cette somme est insuffisante comme punition, il doit alors y ajouter une somme suffisante pour qu'elle serve également de punition. La seule chose qu'il ne doit pas faire est de fixer des sommes à titre de dommages-intérêts compensatoires et de dommages-intérêts punitifs et les additionner. Il doit se rendre compte que les dommages-intérêts compensatoires font toujours partie de la punition totale.

Il est toujours difficile pour la Cour d'évaluer les dommages avec un minimum de précision. La Cour doit apprécier la preuve et l'état du demandeur et, comme l'a affirmé lord Reid dans l'arrêt *Broome v. Cassell Co. Ltd.*, précité, elle doit examiner l'action en vue d'indemniser le demandeur. En l'espèce, la demanderesse réclame 50 000 \$ au total.

Il y a un seul facteur qui milite contre l'adjudication de cette somme: à l'époque pertinente, la demanderesse a refusé d'accepter les offres d'aide médicale que lui avaient faites les fonctionnaires de l'APGTC. La demanderesse a prétendu qu'elle était en droit de refuser cette aide parce qu'elle ne faisait pas confiance aux psychiatres. C'est peut-être vrai, mais, pour évaluer les dommages, la Cour doit apprécier objectivement les moyens qui ont été mis à la disposition de la demanderesse pour minimiser ou limiter les dommages dont elle souffre maintenant. En n'acceptant pas les offres d'aide médicale, elle a manqué à son obligation de minimiser ses dommages.

Vu l'ensemble de la preuve, j'accorde ce qui suit à la demanderesse:

1. Au titre des dommages qu'elle a subis à la suite du choc nerveux qui lui a été intentionnellement infligé, la somme de 5 000 \$ pour souffrances et douleurs et la somme de 20 000 \$ pour son manque à gagner.
2. La somme de 5 000 \$ pour souffrances et douleurs subies à la suite des voies de fait dont elle a été victime.
3. Vu la conduite répréhensible de M. Stalinski, son comportement honteux et inacceptable envers la demanderesse et le fait que la somme de 30 000 \$ est insuffisante pour assurer une dissuasion, j'ajouterai à ce montant la somme de 10 000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires.

ADDITIONAL CLAIM RAISED BY AMENDED STATEMENT OF CLAIM

By her amended statement of claim, plaintiff further alleges that senior management was negligent in failing to take the necessary steps and measures to prevent Mr. Stalinski from committing or continuing to commit the above-described wrongful acts.

In her amended statement of defence, the defendant alleges *inter alia* that the claim raised in negligence by the amended statement of claim is barred by *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15.

At the end of the hearing on the original statement of claim, I pointed out to counsel for the plaintiff, during argument, that he was seeking recovery on grounds which were not reflected by the statement of claim. It is a result of this comment that plaintiff moved to amend her statement of claim under Rule 420 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. Counsel for the defendant consented to the amendment on terms that he be allowed to file an amended defence and that he be allowed to adduce evidence on the new allegations.

I allowed the amendment because it appeared to me at that time that it could be necessary to the determination of the real question in controversy between the parties. I have since heard evidence on these amended allegations, and I have come to the conclusion that they raise a cause of action which was distinct from that originally raised, and statute barred at the time when the amended claim was filed, that is on November 6, 1992.

Section 51 of the *Limitation of Actions Act* of Alberta provides that an action in negligence "may be commenced within 2 years after the cause of action arose, and not afterwards". While the negligence alleged by the amended statement of claim is related to the wrongful acts of Mr. Stalinski, it nevertheless raises a distinct and separate ground of action. As the facts on which this additional claim is framed took place back in 1984 and 1985, I must conclude that it cannot be sustained as it was made out of time.

DEMANDE SUPPLÉMENTAIRE SOULEVÉE DANS LA DÉCLARATION MODIFIÉE

Dans sa déclaration modifiée, la demanderesse allègue en outre que la direction générale a été négligente en ne prenant pas les mesures nécessaires pour empêcher M. Stalinski de commettre ou de continuer à commettre les actes fautifs susmentionnés.

Dans sa défense modifiée, la défenderesse allègue notamment que la demande en négligence énoncée dans la déclaration modifiée est prescrite en vertu de la *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15.

À la fin de l'audience portant sur la déclaration originale, j'ai signalé à l'avocat de la demanderesse, pendant son plaidoyer, qu'il cherchait à obtenir une indemnité fondée sur des motifs qui ne figuraient pas dans la déclaration. C'est à la suite de ce commentaire que la demanderesse a présenté une requête pour modifier sa déclaration en application de la Règle 420 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]. L'avocat de la défenderesse a consenti à la modification à la condition qu'il pût déposer une défense modifiée et présenter une preuve supplémentaire à l'égard des nouvelles allégations.

J'ai autorisé la modification, car il me semblait à l'époque qu'elle pouvait être nécessaire pour déterminer la véritable question en litige en l'espèce. Depuis lors, j'ai entendu de la preuve relativement à ces allégations modifiées et je suis arrivé à la conclusion qu'elles soulèvent une cause d'action distincte de celle soulevée à l'origine, et qu'elles étaient prescrites en vertu de la loi au moment où la déclaration modifiée a été déposée, c'est-à-dire le 6 novembre 1992.

En vertu de l'article 51 de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, une action en négligence [TRADUCTION] «peut être intentée dans les deux ans qui suivent la cause d'action, au plus tard». Bien que la négligence alléguée dans la déclaration modifiée soit liée aux actes fautifs de M. Stalinski, elle soulève néanmoins une cause d'action distincte et séparée. Puisque les faits à l'origine de cette demande supplémentaire se sont produits en 1984 et 1985, je dois conclure que cette demande ne peut être accueillie et qu'elle a été faite tardivement.

Plaintiff recognized so much but argued that the defendant was estopped from raising the limitation period as a defence by reason of the consent which was given to the filing of the amended statement of claim. In my view, the defendant was not thereby estopped from raising any defence. In fact, the amendment was granted subject to the defendant's unlimited right to respond by way of an amended defence, and it was open to the defendant to raise the statute of limitation as a defence at the time of filing of the amended defence.

Plaintiff further argued that the material facts allowing her to raise a further claim in negligence were only communicated to her in September of 1992 when she was given full discovery of the relevant documents by the defendant. Plaintiff therefore concludes that the starting point for the computation of the limitation period is September of 1992, and not the time when the events giving rise to the claim of negligence took place.

A review of the massive amount of documentary evidence emanating from the plaintiff and generated at the time when the relevant events took place indicates that plaintiff, from the very beginning, held the belief that she had been wronged by the inappropriateness of the actions of senior management. Quite clearly her main contention was with the actions of Mr. Stalinski, but it is clear that she was most mindful of what she viewed as the failings of senior management at the time when the original action was launched in July of 1986. I therefore cannot accept that plaintiff only became aware of this additional cause of action in September of 1992.

Finally, plaintiff argues that an amendment to a statement of claim, once duly made, takes effect retroactively from the time when the original document which it amends took effect. It follows, plaintiff argues, that the cause of action in negligence must be held to have been raised in July of 1986, when the original claim was filed. I do not believe that, in the face of a limitation statute, an amendment which alleges a new cause of action can be considered to have been made at a time other than that at which it was actually made, unless the Court, in allowing the

La demanderesse reconnaît ce qui précède, mais a plaidé que la défenderesse était empêchée, par une fin de non-recevoir, de soulever le délai de prescription en défense vu qu'elle avait consenti au dépôt de la déclaration modifiée. À mon avis, ceci n'empêchait pas la défenderesse de soulever quelque défense que ce soit. En fait, la modification a été autorisée sous réserve du droit absolu de la défenderesse d'y répondre par voie d'une défense modifiée et il était loisible à la défenderesse de soulever la prescription légale en défense au moment de déposer la défense modifiée.

La demanderesse a plaidé en outre que les faits substantiels qui lui ont permis de faire une demande supplémentaire en négligence ne lui ont été communiqués qu'en septembre 1992, lorsque la défenderesse lui a communiqué tous les documents pertinents. La demanderesse conclut donc que le délai de prescription a commencé à courir en septembre 1992, et non à l'époque où se sont produits les événements qui ont donné lieu à la demande en négligence.

Si nous examinons l'abondante preuve documentaire fournie par la demanderesse et produite à l'époque où les événements pertinents se sont produits, nous voyons que la demanderesse, dès le début, croyait que la direction générale avait mal agi et que ces actes lui avaient causé une injustice. Manifestement, la demanderesse se plaignait principalement des actes de M. Stalinski. Cependant, il est clair qu'au moment d'intenter l'action originale, en juillet 1986, elle avait bien à l'esprit ce qu'elle considérait être les manquements de la direction générale. Je dois donc rejeter l'allégation selon laquelle la demanderesse n'aurait pris connaissance de cette cause supplémentaire d'action qu'en septembre 1992.

Enfin, la demanderesse soutient que lorsqu'une modification est dûment apportée à une déclaration, la modification prend effet rétroactivement à partir du moment où le document original qu'elle modifie a pris effet. Selon la demanderesse, il s'ensuit que la cause d'action en négligence doit être tenue pour soulevée en juillet 1986, quand la demande originale a été déposée. Je ne crois pas que l'on puisse considérer, en présence d'une loi portant prescription, qu'une modification dans laquelle une nouvelle cause d'action est alléguée a été faite à une époque autre que

amendment, actually rules on the issue of limitation. This is not the case here.

For the above reasons, I must come to the conclusion that the cause of action in negligence raised by the amended statement of claim was barred by statute at the time it was made and, hence, cannot succeed. I had reserved the issue of costs on plaintiff's motion to amend her statement of claim. In the circumstances, I have concluded that no order should be made in that regard.

AWARD

On the original claim, judgment is awarded to plaintiff in the amount of \$40,000. Interest shall be calculated pursuant to the *Alberta Judgment Interest Act*, S.A. 1984, c. J-0.5. The Act states that pre-judgment interest shall be awarded when the cause of action arose. Given the nature of the claim which essentially deals with the cumulative effect of various acts, I believe the effective date to be January 4, 1985.

With respect to the \$10,000 award for pain and suffering for assault and intentional infliction of nervous shock, subsection 4(1) prescribes that pre-judgment interest for such non-pecuniary damages shall be calculated at 4% a year.

With respect to the \$20,000 award for loss of future earnings, subsection 4(2) prescribes that the rate of pre-judgment interest for pecuniary damages shall be fixed every year by the Lieutenant Governor. It should therefore be computed by reference to the rate prescribed annually.

Under subsection 2(2), no pre-judgment interest is to be computed on the \$10,000 award for exemplary damages.

Counsel may, if the need arises, submit their proposed interest calculations for adjudication.

Costs are awarded against the defendant.

celle à laquelle la modification a vraiment été faite, à moins que la Cour, en autorisant la modification, ne statue véritablement sur la question de la prescription. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Pour les motifs qui précèdent, je dois conclure que la cause d'action en négligence soulevée dans la déclaration modifiée était prescrite en vertu de la loi à l'époque où la demande a été faite, si bien que celle-ci ne peut être accueillie. J'avais mis en délibéré la question des dépens relatifs à la requête de la demanderesse visant à modifier sa déclaration. Vu les circonstances, j'ai conclu qu'aucune ordonnance ne devrait être rendue à cet égard.

DISPOSITIF

Quant à la demande originale, la Cour accorde à la demanderesse la somme de 40 000 \$. L'intérêt sera calculé conformément à la *Judgment Interest Act* de l'Alberta, S.A. 1984, ch. J-0.5. Cette Loi prévoit que l'intérêt avant jugement commence à courir à partir du moment où la cause d'action est née. Vu la nature de la demande qui porte essentiellement sur l'effet cumulatif de divers actes, je crois que l'intérêt devrait commencer à courir à partir du 4 janvier 1985.

En ce qui a trait à la somme de 10 000 \$ accordée pour souffrances et douleurs résultant des voies de fait et du choc nerveux provoqué intentionnellement, le paragraphe 4(1) prévoit que l'intérêt avant jugement pour de tels dommages extra-pecuniaires doit être calculé à 4 p. 100 par an.

En ce qui a trait à la somme de 20 000 \$ accordée pour le manque à gagner, le paragraphe 4(2) prévoit que le taux de l'intérêt avant jugement pour des dommages extra-pecuniaires est fixé chaque année par le lieutenant-gouverneur. Cet intérêt doit donc être calculé au taux réglementaire fixé annuellement.

Conformément au paragraphe 2(2), aucun intérêt avant jugement ne doit être calculé sur la somme de 10 000 \$ accordée à titre de dommages-intérêts exemplaires.

S'il y a lieu, les avocats pourront soumettre les calculs d'intérêt qu'ils proposent pour adjudication.

La défenderesse est condamnée aux dépens.

A-1335-91

James Egan and John Norris Nesbit (*Appellants*)
(*Plaintiffs*)

A-1335-91

James Egan et John Norris Nesbit (*appelants*)
(*demandeurs*)

v.

a c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada
(*Respondent*) (*Defendant*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*intimée*)
(*défenderesse*)

INDEXED AS: *EGAN v. CANADA (C.A.)*b RÉPERTORIÉ: *EGAN c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Linden and Robertson
J.J.A.—Vancouver, December 9, 1992; Ottawa, April
29, 1993.

Cour d'appel, juges Mahoney, Linden et Robertson,
J.C.A.—Vancouver, 9 décembre 1992; Ottawa, 29
avril 1993.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appeal from F.C.T.D. decision denial of spousal benefit under Old Age Security Act not infringing appellant's rights under Charter, s. 15(1) — Appellants homosexual couple of long-standing — Application for spouse's allowance denied as appellant not "spouse" under Act, s. 2 — Sexual orientation analogous ground of discrimination under Charter, s. 15(1) — Case law on discrimination reviewed — Similarly situated test rejected by SCC in Andrews case — Discrimination under s. 15(1) requiring distinction based on irrelevant personal differences — Whether distinction based on spousal status as opposed to sexual orientation — Relevance of "other non-spousal relationships" — "Concrete" test more appropriate than "abstract" test to finding of discrimination — Impugned legislation not having disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples.

c *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel contre la décision par laquelle la Section de première instance a conclu que le refus d'accorder l'allocation de conjoint prévue à la Loi sur la sécurité de la vieillesse ne porte pas atteinte pas aux droits que l'art. 15(1) de la Charte garantit aux appelants — Les appelants forment une union homosexuelle de longue date — Demande d'allocation de conjoint rejetée par ce motif que l'appelant n'est pas un «conjoint» au sens de l'art. 2 de la Loi — Les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard de l'art. 15(1) de la Charte — Revue de la jurisprudence en matière de discrimination — Le critère de la situation analogue a été rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Andrews — Il y a con travention à l'art. 15(1) quand la discrimination est fondée sur des différences personnelles non pertinentes — Il échet d'examiner si la distinction en l'espèce est fondée sur la qualité de conjoint ou sur les tendances sexuelles — Pertinence des «autres relations non conjugales» — Le critère «concret» convient mieux que le critère «abstrait» lorsqu'il s'agit d'examiner s'il y a discrimination — Le texte de loi attaqué n'impose pas un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples d'homosexuels.*

Health and welfare — Application for spouse's allowance denied as appellant not "spouse" under Old Age Security Act, s. 2 — Whether exclusion of homosexual or same-sex couples from definition of "spouse" discriminatory under Charter, s. 15(1) — Purpose and objective of spouse's allowance program explained — Finding of discrimination must have regard to purposes and object of impugned legislation, impact on members of disadvantaged group and others excluded — Legislation not having disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples.

g *Santé et bien-être social — Demande d'allocation de conjoint rejetée par ce motif que l'appelant n'est pas un «conjoint» au sens de l'art. 2 de la Loi sur la sécurité de la vieillesse — Il échet d'examiner si l'exclusion des couples homosexuels ou de personnes du même sexe de la définition de «conjoint» est discriminatoire au sens de l'art. 15(1) de la Charte — Explication des objectifs du programme de l'allocation de conjoint — Pour parvenir à un verdict de discrimination, il faut tenir compte des buts de la loi attaquée, de son effet sur les membres du groupe défavorisé et sur les autres personnes exclues — La Loi attaquée n'impose pas un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples de même sexe.*

This was an appeal from a decision of the Trial Division that the denial the of spousal allowance under the *Old Age Security Act* to one of the appellants did not infringe his equality rights under subsection 15(1) of the Charter. The appellants have resided together, in an homosexual relationship, since 1948. In September of 1986, the appellant Egan, who was then 65 years old, became entitled to receive old age security and guaranteed

j Appel formé contre une décision de la Section de première instance qui a conclu que les droits à l'égalité garantis à l'un des appelants par le paragraphe 15(1) de la Charte n'ont pas été violés du fait que celui-ci s'était vu refuser l'allocation de conjoint prévue à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Les appelants forment une union homosexuelle depuis 1948. En septembre 1986, l'appelant Egan atteint l'âge de 65 ans et a droit

income supplement benefits. The appellant Nesbit applied to the Department of National Health and Welfare for a spouse's allowance. His application, in which he described Egan as his spouse, was rejected on the basis that his relationship with the latter did not meet the definition of "spouse" in section 2 of the Act. In determining whether the appellants had been discriminated against on the basis of an analogous ground—sexual orientation—the Trial Judge concluded that there was nothing discriminatory in a law which restricts a benefit to opposite sex couples, and that the benefit which the appellants sought was denied because of their "non-spousal status" and not because of their "sexual orientation". The issue in this appeal was whether the exclusion of homosexual or same-sex couples from the definition of "spouse" contained in the Act is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter and if so, whether the impugned legislation can be demonstrably justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter.

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

Per Robertson J.A.: Although sexual orientation is not expressly referred to in subsection 15(1), it is trite law that the list of enumerated grounds is not finite and that the protections available under that section can be extended to those who establish that they are members of a disadvantaged group and can show discrimination on analogous grounds. Sexual orientation can be invoked as an analogous ground of discrimination under subsection 15(1). *Andrews v. Law Society of British Columbia* is the leading case on discrimination under section 15 of the Charter. This decision expressly rejected the similarly situated test, whereby people who are alike should be treated alike, while those who are unlike should be treated unlike, because that approach excluded any consideration of the nature of the law and could not be applied other than mechanically. Since the appellants' case was built on the "similarity" between same-sex and opposite-sex couples, the Supreme Court's decision in *Andrews* destroys the very premise on which their claim of discrimination rests. It was also held in *Andrews* that a person is not to be deprived of a benefit because of a distinction based on irrelevant personal differences. The significance of the legal requirement that a distinction be based on an irrelevant personal difference could not be ignored since it is basic to the law of discrimination under section 15 of the Charter. The appellants having identified the distinction in terms of differential treatment being accorded same-sex and opposite-sex couples and then deemed that irrelevant, sexual orientation remains highly relevant. To the extent that the *Andrews* decision defines discrimination in terms of a distinction based on an irrelevant personal difference, and has ruled out the application of the similarly situated test, the appellants' claim that the definition of "spouse" in section 2 of the Act is discriminatory must fail.

de ce fait à la pension de sécurité de la vieillesse et au supplément de revenu garanti. L'appellant Nesbit fait une demande d'allocation de conjoint au ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. Sa demande, dans laquelle il présente Egan comme son conjoint, est rejetée par ce motif que ses relations avec ce dernier ne s'accordent pas avec la définition de «conjoint» à l'article 2 de la Loi. En examinant si les appelants faisaient l'objet d'une mesure discriminatoire fondée sur un motif analogue, savoir les tendances sexuelles, le juge de première instance a conclu qu'il n'y a rien de discriminatoire dans une loi qui limite une prestation aux couples de sexe opposé, et que l'allocation demandée par les appelants leur a été refusée en raison de leur «statut de non-conjoints» et non pas à cause de leurs «tendances sexuelles». Il échet d'examiner si l'exclusion des couples homosexuels ou de personnes du même sexe de la définition de «conjoint» contenue dans la Loi est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte et, dans l'affirmative, si la restriction imposée par la loi contestée est raisonnable et justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

Arrêt (le juge Linden, J.C.A., dissident): l'appel doit être rejeté.

Le juge Robertson, J.C.A.: Bien que les tendances sexuelles ne soient pas expressément visées au paragraphe 15(1), il est constant que la liste des motifs énumérés n'est pas limitative et que la protection découlant de cette disposition peut s'étendre à ceux qui prouvent qu'ils appartiennent à un groupe défavorisé et qu'il y a discrimination fondée sur des motifs analogues. Les tendances sexuelles peuvent être invoquées comme motif analogue de discrimination qu'interdit le paragraphe 15(1). L'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* fait jurisprudence en matière de discrimination visée par l'article 15 de la Charte. Ce précédent rejette expressément le critère de la situation analogue, selon lequel les gens qui se ressemblent doivent être traités de la même façon et les gens qui sont différents doivent être traités différemment, par ce motif que pareille approche exclut toute considération de la nature de la loi et ne pourrait être appliquée que de façon mécanique. L'argumentation des appelants étant fondée sur la «similitude» entre couples homosexuels et couples hétérosexuels, l'arrêt *Andrews* de la Cour suprême anéantit la prémisse même sur laquelle ils fondent leur plainte de discrimination. Il a été également jugé dans *Andrews* qu'il ne faut pas priver quelqu'un d'un avantage en raison d'une distinction fondée sur des différences personnelles non pertinentes. L'importance de l'impératif juridique, selon lequel la distinction illicite doit être fondée sur une différence personnelle non pertinente, ne peut pas être ignorée puisque cet impératif est fondamental pour notre compréhension des règles juridiques en matière de discrimination visée par l'article 15 de la Charte. Les appelants se plaignant de discrimination en termes de différence de traitement entre couples homosexuels et couples hétérosexuels, distinction qu'ils qualifient de non pertinente, les tendances sexuelles demeurent un élément hautement pertinent. À la lumière de l'arrêt *Andrews* qui définit la discrimination en termes de différence personnelle non pertinente et exclut l'application du critère de la situation analogue, l'argument des appelants que la définition de «conjoint» à l'article 2 est discriminatoire, doit être rejeté.

A finding of discrimination on the basis of sexual orientation is not automatically precluded because a criterion of entitlement is spousal status. Discrimination on the basis of spousal status will be ruled out provided the consequences of the impugned legislation are such that claimants satisfy the Supreme Court's adverse impact test. The definition of "spouse" found in the Act excludes a broad class of persons cohabiting with another in a non-conjugal relationship such as siblings, friends and relatives. Though same-sex couples are subjected to various forms of "invidious" discrimination, one should ask whether their rights should be determined in isolation of those also affected by the impugned legislation. Where the latter excludes persons other than those who are members of a particular disadvantaged group, proper consideration must be given to the significance of that reality when deciding whether the impact of a distinction is discriminatory. Legislation denying benefits to members of another group may detract from a finding of discrimination contrary to subsection 15(1) of the Charter. There are two different approaches as to what is sufficient to meet the adverse impact test stated in *Andrews*. The first one, which can be called the "abstract test", presumes discrimination once it has been found that a distinction is based on a prohibited ground, without regard to the purposes and objects of the impugned legislation, nor the fact that others may also have been denied the benefit. The second approach, which can be labelled the "concrete test" and is mandated by *Andrews*, is a contextual one and requires a full analysis of the immediate impact of the legislation on members of the disadvantaged group, as well as others who are excluded, as measured against the purposes and objects of the legislation. In view of the objective of the spouse's allowance program elaborated on by the then Minister of National Health and Welfare, it cannot be said that the legislative scheme has a disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples. The denial of the spouse's allowance does not cross the line from "distinction" to "discrimination". The Trial Judge was right in holding that the appellants did not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation.

Per Mahoney J.A. (concurring in the result): The discrimination perceived in the definition of "spouse" is not discrimination directed to homosexuals generally nor to all homosexual couples but only those who have both established a ménage and proclaimed their relationship. The attack is, in substance, on the failure of the definition to comprehend the concept of common law marriage between persons of the same sex. As the definition pertains to the appellants and other homosexual couples who hold themselves out as spouses, the conclusion that the distinction made by the definition is discrimination can only be reached by mechanical application of the similarly situated test.

Per Linden J.A. (dissenting): There are two different levels of analysis in a subsection 15(1) inquiry, depending on whether a party seeks an individual remedy under subsection 24(1) of the Charter or a general remedy under subsection

Un verdict de discrimination pour cause de tendances sexuelles n'est pas automatiquement exclu du fait qu'une condition d'admissibilité est la qualité de conjoint. Il sera jugé qu'il n'y a pas discrimination fondée sur la qualité de conjoint, à condition que les conséquences de la loi contestée soient telles que les demandeurs satisfont au critère de l'effet défavorable défini par la Cour suprême. La définition de «conjoint» contenue dans la Loi exclut un groupe considérable de non-conjoints: frères, sœurs, amis, parents. Il est vrai que les couples homosexuels sont soumis à diverses formes de discrimination «blessante», mais il convient de se demander s'il faut juger de leurs droits séparément de ceux qui sont également touchés par la loi en cause. Dans les cas où celle-ci exclut des personnes autres que les membres d'un groupe défavorisé particulier, il faut peser l'importance de cette réalité lorsqu'il s'agit de juger si une distinction a un effet discriminatoire. Une loi refusant le bénéfice aux membres d'un autre groupe peut échapper à un verdict de discrimination au regard du paragraphe 15(1) de la Charte. Il y a deux vues opposées quant à ce qu'il faut prouver pour satisfaire au critère de l'effet défavorable établi par l'arrêt *Andrews*. La première méthode, qu'on peut appeler celle du «critère abstrait», consiste à présumer qu'il y a discrimination une fois prouvé qu'il y a distinction fondée sur un motif illicite, et ce sans avoir égard aux buts de la loi en cause, ni au fait que d'autres ont été peut-être privés aussi du bénéfice. La seconde méthode, qu'on peut appeler celle du «critère concret» et qui est adoptée dans l'arrêt *Andrews*, tient compte du contexte et prescrit l'analyse en règle de l'effet immédiat de la loi en cause sur les membres du groupe défavorisé, et aussi sur les autres qui sont exclus, par rapport aux buts de cette loi. Vu l'objectif du programme de l'allocation de conjoint tel qu'il a été expliqué par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de l'époque, on ne peut dire que le régime mis en place par la loi impose un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples homosexuels. Le refus d'accorder l'allocation de conjoint ne franchit pas la ligne de démarcation entre «distinction» et «discrimination». Le juge de première instance a eu raison de conclure que les appelants ne peuvent bénéficier du programme en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles.

Le juge Mahoney, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): La discrimination que les appelants voient dans la définition de «conjoint» n'est pas dirigée contre les homosexuels comme tels ni contre tous les couples homosexuels, mais seulement contre ceux qui se sont mis en ménage et l'ont proclamé. Essentiellement, leur attaque vise la non-inclusion, dans la définition, du concept d'union conjugale de fait formée de deux personnes du même sexe. Dans la mesure où la définition en cause touche les appelants et d'autres couples d'homosexuels qui se présentent comme conjoints, on ne peut arriver à la conclusion que la distinction contenue dans cette définition est discriminatoire que par application mécanique du critère de la situation analogue.

Le juge Linden, J.C.A. (dissenting): L'analyse à la lumière du paragraphe 15(1) peut s'effectuer à deux niveaux; le niveau indiqué dépend de la question de savoir si le demandeur conclut à réparation individuelle sous le régime du paragraphe

52(1). A party seeking an individualized remedy under subsection 24(1) must prove that the impugned distinction has, directly or indirectly, compromised his equality rights personally, whereas in a remedy under subsection 52(1), it must be established that the relevant legislation violates the rights of the group. The appellants are seeking a subsection 52(1) remedy as a group—gay men and lesbians—rather than individually. In order to make out a claim under subsection 15(1) of the Charter, a party must establish that a law draws a distinction or has a separate impact which violates one of the four equalities (equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law) and which does so with discrimination. By virtue of the words “of the opposite sex” found in the definition of “spouse” in section 2 of the *Old Age Security Act*, gay and lesbian partners are specifically excluded from eligibility for spouse’s allowance benefits independent of the exclusion of other groups or individuals. The effect of that distinction is to deny otherwise qualified gay men and lesbians the equal benefit of the law. Subsection 15(1) prohibits discrimination not only on the listed grounds, but also on analogous grounds. The judicial recognition that sexual orientation is an analogous ground of discrimination prohibited under subsection 15(1) is buttressed by a similar legislative recognition that gay men and lesbians have historically suffered disadvantage and prejudice and should be protected against discrimination. Gay men and lesbians are legally, economically, socially and politically disadvantaged. The exclusion of other groups from benefits under the spouse’s allowance program cannot change the fact that lesbian and gay partners are excluded on the basis of their sexual orientation. Evidence that a group is independently disadvantaged is clearly important for determining whether this group is disadvantaged by a distinction and thereby discriminated against. Under the definition of “spouse” in section 2 of the *Old Age Security Act*, a distinction is drawn on the basis of sexual orientation with the effect that gay and lesbian partners are denied benefits in the form of spouse’s allowance. Since gay men and lesbians are generally disadvantaged as a group through stereotyping and prejudice, there was no requirement that the appellant, Nesbit, prove that he was personally discriminated against. And the fact that he received benefits under a different plan cannot cure the discriminatory impact of a denial of benefits under the spouse’s allowance program based on a personal characteristic related to an enumerated or analogous ground of discrimination. By excluding lesbian and gay partners from the ambit of that program, Parliament has acted in violation of subsection 15(1) of the Charter.

In order to demonstrate that a limit on a Charter right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, it must first 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”. The appellants conceded that the objective of the

24(1) de la Charte ou à réparation générale sous le régime du paragraphe 52(1). Il incombe à la partie qui conclut à réparation individualisée sous le régime du paragraphe 24(1) de prouver que la distinction en cause a, directement ou indirectement, porté atteinte à ses propres droits à l'égalité, alors que celle qui invoque le paragraphe 52(1) doit prouver que la loi en cause porte atteinte aux droits du groupe. Les appelants concluent à réparation sous le régime du paragraphe 52(1) au nom du groupe—gais et lesbiennes—et non pas à titre individuel. Pour faire valoir une demande sous le régime du paragraphe 15(1), le demandeur doit prouver qu'une loi fait une distinction ou a un effet disparate qui viole l'un des quatre droits à l'égalité (égalité devant la loi, égalité dans la loi, même protection de la loi, même bénéfice de la loi), et ce de façon discriminatoire. Les mots «de sexe opposé» figurant à la définition de «conjoint» de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* excluent expressément les gais et les lesbiennes de l'admissibilité à l'allocation de conjoint, et ce indépendamment de l'exclusion d'autres groupes ou individus. Cette distinction a pour effet de dénier le même bénéfice de la loi à des gais et des lesbiennes, qui sont qualifiés à tous autres égards. Le paragraphe 15(1) interdit la discrimination non seulement pour les motifs énumérés, mais aussi pour des motifs analogues. La conclusion par les tribunaux judiciaires que les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard du paragraphe 15(1) est renforcée par des lois qui reconnaissent que les gais et les lesbiennes ont souffert de tout temps de désavantages et de préjugés et devraient être protégés contre la discrimination. Les gais et les lesbiennes sont défavorisés sur le plan juridique, économique, social et politique. Que d'autres groupes soient aussi exclus du programme de l'allocation de conjoint ne change rien au fait que les gais et les lesbiennes en sont exclus à cause de leurs tendances sexuelles. La preuve établissant qu'un groupe est défavorisé indépendamment de la loi en cause est indubitablement importante lorsqu'il s'agit de décider si ce groupe est désavantagé par une distinction et fait ainsi l'objet d'une mesure discriminatoire. La définition de «conjoint» à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* fait une distinction fondée sur les tendances sexuelles, qui a pour effet de priver les membres d'unions de gais ou de lesbiennes du bénéfice de la loi qu'est l'allocation de conjoint. Les gais et les lesbiennes constituant un groupe généralement défavorisé par suite des préjugés et des stéréotypes, l'appelant Nesbit n'est pas tenu de prouver qu'il a été personnellement victime d'une mesure discriminatoire. Le fait qu'il ait reçu des prestations d'un autre régime ne peut remédier à l'effet discriminatoire de la privation de l'allocation de conjoint par suite d'une caractéristique correspondant à un motif énuméré de discrimination ou à un motif analogue. En excluant les membres des unions de gais et de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint, le législateur est allé à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte.

Afin de prouver que la restriction d'un droit garanti par la Charte est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut démontrer en premier lieu que l'objectif visé par la limitation est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution». Les appelants concèdent que l'objectif du

spouse's allowance program under the *Old Age Security Act* is pressing and substantial so as to satisfy the first requirement under the *Oakes* test. The second requirement involves a proportionality test which includes three components. Only the first element of this test is met. It was agreed that the means employed under the spouse's allowance program are rationally connected to achieving the objective of that program. However, the latter does not impair the right guaranteed in subsection 15(1) as little as possible. Extending benefits to gay and lesbian partners in addition to heterosexual partners is a suitable alternative means for achieving the same objective just as effectively. Therefore, the Charter violation occasioned by section 2 of the *Old Age Security Act* cannot be said to be reasonable and the minimal impairment condition of the proportionality test is not satisfied. Moreover, this is not an instance in which a Charter right is marginally affected, the violation of that right being clear and direct. Since the effects of the measure on the right to receive benefits are not proportional to the objective of the legislation, the impugned provision cannot be saved under section 1 of the Charter.

Where a benefit conferring scheme is involved, the preferred course of action is to read down (that is to sever or strike out) or read in an inconsistent provision rather than striking down the program. The Supreme Court of Canada has identified a number of factors which support the assumption of legislative approval for both reading in and reading down rather than striking down the impugned legislation. The appropriate remedy to bring section 2 of the *Old Age Security Act* into compliance with subsection 15(1) of the Charter would be to read down (that is to sever or strike out) the words "of the opposite sex" of the definition of "spouse" and to read into the phrase "if the two persons publicly represent themselves as husband and wife" the words "or as in an analogous relationship".

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to Amend the Human Rights Act*, S.N.B. 1992, c. 30.
- An Act to amend the Old Age Security Act, to repeal the Old Age Assistance Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1974-75-76, c. 58.
- Bill C-108, *An Act to amend the Canadian Human Rights Act and other Acts in consequence thereof*, 3rd Sess., 34th Parl. 1992.
- Bill C-6, *An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1979, c. 4.
- 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, 15, 24.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3.
- Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 10 (as am. by S.Q. 1992, c. 61, s. 3).

programme de l'allocation de conjoint institué par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est urgent et réel au point de satisfaire à la première condition du critère défini par l'arrêt *Oakes*. La seconde condition est l'application d'un critère de proportionnalité à trois volets. Il n'a été satisfait qu'au premier volet de ce critère. Les avocats de part et d'autre conviennent que le moyen employé dans le programme de l'allocation de conjoint a un lien rationnel avec l'objectif de ce programme. Cependant, celui-ci ne porte pas atteinte le moins possible au droit garanti par le paragraphe 15(1). L'extension de l'allocation aux membres de couples de gais ou de lesbiennes, en sus des membres d'unions hétérosexuelles, est un autre moyen approprié pour atteindre le même objectif de façon tout aussi efficace. On ne peut donc pas dire que la violation de la Charte du fait de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* soit raisonnable; la condition de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité n'est pas remplie. Qui plus est, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un droit garanti par la Charte n'est que marginalement affecté; la violation est claire et directe en l'espèce. Les effets de la mesure en cause sur le droit de recevoir des prestations n'étant pas proportionnés à l'objectif de la loi, la disposition attaquée n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

Dans les affaires concernant un régime de prestations, il est préférable de donner une interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression) ou une interprétation large d'une disposition incompatible, plutôt que d'invalider le programme tout entier. La Cour suprême a relevé certains facteurs qui permettent de présumer que le législateur approuverait et l'interprétation large et l'interprétation atténuée plutôt que l'invalidation de la loi en cause. La mesure de réparation qu'il convient d'adopter pour rendre l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* conforme au paragraphe 15(1) de la Charte consisterait à interpréter la définition de «conjoint» comme si les mots «de sexe opposé» en ont été supprimés et les mots «ou comme unies par des liens semblables» ont été ajoutés après le membre de phrase «pourvu que les deux se soient présent[e]s comme mari et femme».

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24.
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 10 (mod. par L.Q. 1992, ch. 61, art. 3).
- Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 1, 2, 3, 5, 6.
- Code des droits de la personne*, S.M. 1987-88, ch. 45, art. 9(2).
- Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158.
- Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 12 (mod. par S.N.S. 1991, ch. 12, art. 1).
- Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Suppl.), ch. 11.
- Loi C-6, *Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1979, ch. 4.

- 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], s. 24.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1). a
- Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158.
- Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 12 (as am. by S.N.S. 1991, c. 12, s. 1).
- Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Suppl.), c. 11. b
- Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 1, 2, 3, 5, 6.
- Medical Services Act*, R.S.B.C., 1979, c. 255.
- Medical Services Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, s. 2.01 (as am. by B.C. Reg. 5/77).
- Old Age Pensions Act*, R.S.C. 1927, c. 156. c
- Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 1), 19(1),(2) (as am. *idem* s. 2).
- Old Age Security Act*, S.C. 1951, c. 18.
- The Government Annuities Act, 1908*, S.C. 1908, c. 5. d
- The Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3.
- 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. 24.
- 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. 52(1).
- Loi des pensions de vieillesse*, S.R.C. 1927, ch. 156.
- Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse, abrogeant la Loi sur l'assistance-vieillesse et modifiant, en conséquence, certaines autres lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 58.
- Loi modifiant la Loi sur les droits de la personne*, L.N.-B. 1992, ch. 30.
- Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 34, art. 1), 19(1),(2) (mod. *idem*, art. 2).
- Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1951, ch. 18.
- Loi sur les rentes viagères servies par l'État, 1908*, S.C. 1908, ch. 5.
- Medical Services Act*, R.S.B.C., 1979, ch. 255.
- Medical Services Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, art. 2.01 (mod. par B.C. Reg. 5/77).
- Projet de loi C-108, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et d'autres lois en conséquence*, 3^e sess., 34^e Parl. 1992. e

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

- 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; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *R. 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; 14 O.A.C. 335. f

APPLIED:

- Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); affg *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245; 86 D.L.R. (4th) 617 (Gen. Div.). g

CONSIDERED:

- Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] O.J. 575 (QL); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321; (1989), 39 Admin. L.R. 161; 44 C.R.R. 364; 29 F.T.R. 74. h

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

- 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; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *R. 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; 14 O.A.C. 335. i

DÉCISION APPLIQUÉE:

- Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); confirmant *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245; 86 D.L.R. (4th) 617 (Div. gén.). j

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] O.J. 575 (QL); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321; (1989), 39 Admin. L.R. 161; 44 C.R.R. 364; 29 F.T.R. 74. k

(T.D.); *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444; 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728; 58 B.C.L.R. (2d) 356; 91 CLLC 17,023 (B.C.S.C.); *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; 49 D.L.R. (4th) 584; 9 C.H.R.R. D/5089; 88 CLLC 17,023 (H.C.); *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; (1989), 59 D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man.R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 94 N.R. 373; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1.

REFERRED TO:

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906; [1990] 6 W.W.R. 289; 59 C.C.C. (3d) 161; 79 C.R. (3d) 332; 50 C.R.R. 71; 119 N.R. 353; 46 O.A.C. 13; *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 43 Admin. L.R. 316; 34 F.T.R. 240; 109 N.R. 300 (F.C.A.); *Leshner v. Ontario* (No. 2) (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.); *Douglas v. Canada*, [1993] 1 F.C. 264 (T.D.); *Reference re Meaning of the word "Persons" in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] S.C.R. 276; [1928] 4 D.L.R. 98; *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98; [1930] A.C. 124 (P.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; *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; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *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; *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695; (1990), 69 D.L.R. (4th) 329; 43 Admin. L.R. 1; 41 C.P.C. (2d) 1; 46 C.R.R. 263; 106 N.R. 1; 39 O.A.C. 1; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *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; 85 CLLC 14,023; 58 N.R. 81; *R. v. Edwards Books and 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; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R.

(1^{re} inst.); *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444; 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728; 58 B.C.L.R. (2d) 356; 91 CLLC 17,023 (C.S.C.-B.); *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; 49 D.L.R. (4th) 584; 9 C.H.R.R. D/5089; 88 CLLC 17,023 (H.C.); *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1856 U.S. S.Ct.); *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; (1989), 59 D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man.R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 94 N.R. 373; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938); *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906; [1990] 6 W.W.R. 289; 59 C.C.C. (3d) 161; 79 C.R. (3d) 332; 50 C.R.R. 71; 119 N.R. 353; 46 O.A.C. 13; *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 43 Admin. L.R. 316; 34 F.T.R. 240; 109 N.R. 300 (C.A.F.); *Leshner v. Ontario* (No. 2) (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. enq. Ont.); *Douglas c. Canada*, [1993] 1 C.F. 264 (1^{re} inst.); *Reference re Meaning of the word «Persons» in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] R.C.S. 276; [1928] 4 D.L.R. 98; *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98; [1930] A.C. 124 (P.C.); *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; *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; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [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; *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; (1990), 69 D.L.R. (4th) 329; 43 Admin. L.R. 1; 41 C.P.C. (2d) 1; 46 C.R.R. 263; 106 N.R. 1; 39 O.A.C. 1; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *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; 85 CLLC 14,023; 58 N.R. 81; *R. c. Edwards 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; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989),

167; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84; [1992] 3 W.W.R. 131 (Man. Q.B.); *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183; (1978), 92 D.L.R. (3d) 417; [1978] 6 W.W.R. 711; 78 CLLC 14,175; 23 N.R. 527; *Meinhold v. U.S. (Department of Defense)*, [1993] W.L. 15899 (C.D. Cal.) (Westlaw).

58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84; [1992] 3 W.W.R. 131 (C.B.R. Man.); *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183; (1978), 92 D.L.R. (3d) 417; [1978] 6 W.W.R. 711; 78 CLLC 14,175; 23 N.R. 527; *Meinhold v. U.S. (Department of Defense)*, [1993] W.L. 15899 (C.D. Cal.) (Westlaw).

AUTHORS CITED

Bayefsky, Anne F. "A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin" (1990), 1 S.C.L.R. (2d) 503. *d*

Beaudoin, Gérald-A. and Edward Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co., 1989. (c. 14 "The Equality Rights" by William Black and Lynn Smith, at p. 563.). *e*

Canada. *House of Commons Debates*, vol. VI, 1st Sess., 30th Parl., 24 Eliz. II, 1975.

Canada. *House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 31st Parl., 29 Eliz. II, 1979.

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

Canada, House of Commons, Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 25 (June 12, 1975).

"Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law" (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509. *g*

Elliott, David W. "Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia* and section 15(1) of the *Charter*: the Emperor's New Clothes?" (1990), 35 *McGill L.J.* 235.

Gibson, Dale "Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772. *h*

Gibson, Dale "Equality for Some" (1991), 40 *UNBLJ* 2.

Wolfson, Evan "Civil Rights, Human Rights, Gay Rights: Minorities and the Humanity of Different" (1991), 14 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 21. *i*

APPEAL from a Trial Division decision ([1992] 1 F.C. 687; (1991), 87 D.L.R. (4th) 320; 1 C.E.B. & P.G.R. 8110; 47 F.T.R. 305; 38 R.F.L. (3d) 294 (T.D.)) holding that the denial to a partner in a homo-

DOCTRINE

Bayefsky, Anne F. «A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin» (1990), 1 S.C.L.R. (2d) 503.

Beaudoin, Gérald-A. et Edward Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd., Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989. (ch. 14 «Les droits à l'égalité» par William Black et Lynn Smith, à la p. 629).

Canada. Chambre des communes, Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, *Process-verbaux et témoignages*, fascicule n° 25 (12 juin 1975).

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

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 1^{re} sess., 30^e lég., 24 Eliz. II, 1975.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1^{re} sess., 31^e lég., 29 Eliz. II, 1979.

«Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law» (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509.

Elliott, David W. «Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia* and section 15(1) of the *Charter*: the Emperor's New Clothes?» (1990), 35 *McGill L.J.* 235.

Gibson, Dale «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772.

Gibson, Dale «Equality for Some» (1991), 40 *UNBLJ* 2.

Wolfson, Evan «Civil Rights, Human Rights, Gay Rights: Minorities and the Humanity of Different» (1991), 14 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 21.

APPEL contre la décision de la Section de première instance ([1992] 1 C.F. 687; (1991), 87 D.L.R. (4th) 320; 1 C.E.B. & P.G.R. 8110; 47 F.T.R. 305; 38 R.F.L. (3d) 294 (1^{re} inst.)), aux termes de laquelle le

sexual relationship of an *Old Age Security Act* spousal allowance equal to that payable to an opposite sex common law spouse did not infringe equality rights under subsection 15(1) of the Charter. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Joseph J. Arvay, Q.C. for appellants (plaintiffs). ^b

Harry J. Wruck, Q.C., Faye E. Campbell, Q.C. and *Lisa Hitch* for respondent (defendant).

SOLICITORS:

Arvay, Finlay, Vancouver, for appellants (plaintiffs).

Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: I have had the opportunity to read in draft the comprehensive reasons for judgment proposed by my colleagues. They have canvassed the authorities and pertinent literature exhaustively thus sparing me extensive recitation. ^e

This is an appeal from a reported decision of the Trial Division,¹ which concluded that rights guaranteed the appellants by subsection 15(1) 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]]² were not infringed by the denial to Nesbit of spousal benefit under the *Old Age Security Act*³ consequent upon the definition of "spouse" by that Act. ^h

¹ [1992] 1 F.C. 687.

² 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.

³ R.S.C., 1985, c. O-9, s. 2 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 1].

refus d'octroyer au partenaire d'une union homosexuelle l'allocation de conjoint que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* accorde au conjoint de fait de sexe opposé, ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité prévus au paragraphe 15(1) de la Charte. Appel rejeté. ^a

AVOCATS:

Joseph J. Arvay, c.r. pour les appelants (demandeurs).

Harry J. Wruck, c.r., Faye E. Campbell, c.r., et Lisa Hitch pour l'intimée (défenderesse).

PROCUREURS:

Arvay, Finlay, Vancouver, pour les appelants (demandeurs).

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée (défenderesse). ^c

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: J'ai pu prendre connaissance, à l'état de projet, des motifs de jugement complets que mes collègues se proposent de prononcer. Ils ont passé en revue toute la jurisprudence et toute la doctrine en la matière, ce qui m'évite de faire de longues citations. ^d

Il s'agit en l'espèce de l'appel formé contre une décision publiée de la Section de première instance¹, qui a conclu que les droits garantis aux appelants par le paragraphe 15(1) 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, ch. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]² n'avaient pas été violés du fait que Nesbit s'était vu refuser l'allocation de conjoint sous le régime de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*³, en raison de la définition de «conjoint» dans la même Loi. ^f

¹ [1992] 1 C.F. 687.

² 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.

³ L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 34, art. 1].

2. ...

“spouse”, in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife. [Underlining added.] a

The appellants seek, as a remedy under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], a declaration that, in the Act, b

... the definition of “spouse”, in relation to any person, includes a person of the same sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as spouses. c

Mr. Justice Linden has crafted a declaration that better meets the demands of *Schachter v. Canada*.⁴ The learned Trial Judge made the following finding:⁵ d

I think it is fair to say that had Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse’s allowance. e

That is an unassailable conclusion of fact based on the evidence.

The infringement alleged is discrimination based on sexual orientation. That was conceded to be a ground analogous to discrimination based on “sex”. The weight of authority supports that concession as a matter of law. Nesbit has, by reason of the definition, been denied a benefit under the law equal to that to which an opposite sex common law spouse is entitled. The appellants, as a couple, have likewise been denied that benefit. f g

As a criterion for determining whether different treatment of different persons prescribed by law is discrimination, the similarly situated test was mortally wounded by the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*⁶ and laid to rest in *McKinney v. University of Guelph*.⁷ It was utterly rejected because, in the words of La Forest J.: h i

⁴ [1992] 2 S.C.R. 679.

⁵ At p. 695.

⁶ [1989] 1 S.C.R. 143.

⁷ [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 279.

2. ...

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme. [Soulignements ajoutés.]

Les appelants concluent, par recours exercé en application du paragraphe 52(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]], à jugement déclarant que, dans la Loi,

[TRADUCTION] ... «conjoint» s’entend également de la personne, même si elle du même sexe, qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentées comme conjoints.

Le juge Linden a façonné un jugement plus conforme aux règles prescrites par l’arrêt *Schachter c. Canada*⁴. Le juge de première instance a tiré la conclusion suivante⁵: d

Je pense qu’on peut présumer que, Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l’allocation de conjoint. e

Il s’agit là d’une conclusion inattaquable sur les faits, tirée à la lumière des preuves produites.

La violation de droits invoquée en l’espèce est la discrimination pour cause de tendances sexuelles, laquelle a été reconnue comme étant analogue à la discrimination fondée sur le «sexe». Selon les magistrats applicables en la matière, cette reconnaissance est valide sur le plan juridique. En raison de la définition en cause, Nesbit n’a pas eu le même bénéfice de la loi qu’un conjoint de fait de sexe opposé. De même, les appelants, en tant que couple, ont été privés de ce bénéfice. f g

En tant que critère servant à déterminer si le traitement différent prévu par la loi pour différentes personnes est discriminatoire, celui de la situation analogue a été définitivement rejeté par la Cour suprême du Canada dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁶, ce qu’elle a confirmé dans *McKinney c. Université de Guelph*⁷. Il a été rejeté sans rémission h i

⁴ [1992] 2 R.C.S. 679.

⁵ À la p. 695.

⁶ [1989] 1 R.C.S. 143.

⁷ [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 279.

Simply put, I do not believe that the similarly situated test can be applied other than mechanically. . . .

In rejecting the test, McIntyre J., in *Andrews*, had said:⁸

Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

. . . .

The test as stated, however, is seriously deficient in that it excludes any consideration of the nature of the law.

. . . .

Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application.

In the present case, the content of the definition, its impact on those to whom it extends benefit and its impact on those excluded are all clear. What remains is the requirement that it be considered in its relation to its purpose in the context of the *Old Age Security Act*.

Part I of the Act provides for the payment of a monthly pension at age 65 to Canadian citizens and permanent residents. That pension is payable on application regardless of need. Part II provides for an additional payment to a pensioner, called a guaranteed income supplement, on the basis of need. The income of the pensioner's spouse, if any, is taken into account in determining need. Part III provides for the payment of a monthly spouse's allowance, at age 60, to the spouse of a pensioner who is in receipt of a guaranteed income supplement.

⁸ At pp. 165 ff. The "test as stated" was the Aristotelian principle of formal equality—that "things that are alike should be treated alike, while things that are unlike should be treated unlike in proportion to their unlikeness".

parce que, pour reprendre la conclusion du juge La Forest:

a Tout simplement, je ne crois pas que le critère de la situation analogue puisse être appliqué autrement que d'une façon machinale . . .

En rejetant ce critère, le juge McIntyre s'était prononcé en ces termes dans *Andrews*⁸:

b Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

. . . .

d Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi.

. . . .

e Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application.

f En l'espèce, le contenu de la définition, son effet sur ceux qu'elle embrasse et son effet sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application, sont fort clairs. Il reste à examiner cette définition en fonction de son objectif dans le contexte de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

g La Partie I de la Loi prévoit le versement d'une pension mensuelle aux citoyens et résidents permanents du Canada qui atteignent l'âge de 65 ans. Cette pension est payable sur demande, indépendamment des besoins de l'intéressé. *h* La Partie II prévoit le versement au pensionné d'une prestation supplémentaire, appelée supplément de revenu garanti, en fonction de ses besoins. Ces besoins sont calculés compte tenu du revenu du conjoint. *i* La Partie III prévoit le versement d'une allocation, à l'âge de 60 ans, au conjoint du pensionné qui a droit au supplément de revenu garanti.

⁸ Aux p. 165 et s. Le «critère formulé» était le principe aristotélicien d'égalité formelle: il faut traiter de la même façon les choses qui se ressemblent, et de façon différente les choses qui sont différentes, en fonction de leur différence.

The spouse's allowance was enacted in 1975.⁹ In testifying before the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, the then Minister of National Health and Welfare, Hon. Marc Lalonde, stated:¹⁰

Its objective is clear and singular in purpose. It is to ensure that when a couple is in a situation where one of the spouses has been forced to retire, and that couple has to live on the pension of a single person, that there should be a special provision, when the breadwinner has been forced to retire at or after 65, to make sure that particular couple will be able to rely upon an income which would be equivalent to both members of the couple being retired or 60 [*sic*] years of age and over. That is the purpose of this Bill, no more than that, no less than that.

The legislation is consistent with that. It recognizes the obligation of a conjugal spouse to support his or her partner financially and treats pensioner and spouse as a couple entitled to benefit on the basis of need. The impact of the definition is to deny that benefit to otherwise qualified couples who are not married either pursuant to statute or at common law.

Many couples live together in relationships excluded from the definition. Cohabitation by siblings is a commonplace example; persons otherwise related by blood or marriage do so as well and so do persons not related. They do so for countless personal reasons and combinations thereof, for example: mere convenience, the advantage of pooling resources, shared interests, congeniality, friendship and affection not involving sexual attraction, to have someone with them in disability, failing health or in fear of it, or simply to avoid loneliness and seclusion. Unless subjective pressures are in play, sex, whether same or opposite, need not be a consideration in the choice of a live-in companion. There are those, like the appellants, whose sexual orientation is a determining factor in their choice of partner. Many, possibly most, of those couples do not publicly represent themselves as spouses so that they would benefit from the remedy the appellants seek.

⁹ S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 5.

¹⁰ Minutes of Proceedings and Evidence, Issue No. 25, at p. 25:7.

L'allocation de conjoint fut instituée en 1975⁹. Témoignant devant le Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, l'honorable Marc Lalonde, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social à l'époque, a fait cette déclaration¹⁰:

Son objectif est simple et clair, il permet d'assurer à un couple dont l'un des conjoints est forcé de prendre sa retraite et qui doivent vivre de la pension d'une seule personne, et lorsque le soutien de famille doit prendre sa retraite à l'âge de 65 ans ou peu après, de pouvoir retirer un revenu qui sera l'équivalent de ce que retireraient les deux conjoints si elles étaient à la retraite ou âgées de 60 [*sic*] ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill.

La loi adoptée est conforme à cet objectif. Elle reconnaît l'obligation pour toute personne de pourvoir aux besoins de son conjoint et traite le pensionné (la pensionnée) et sa conjointe (son conjoint) comme un couple ayant droit à l'allocation en fonction de ses besoins. Cette définition a pour effet de dénier cette allocation aux couples qualifiés à d'autres égards mais qui ne forment pas une union conjugale légitime ou de fait.

Un grand nombre de personnes cohabitent à deux, dont les relations sont exclues du champ d'application de la définition. Les frères et sœurs qui cohabitent en sont l'exemple courant; il en est de même des parents ou alliés, et des personnes qui ne sont pas apparentées. Ces gens cohabitent pour une multitude de raisons personnelles, lesquelles sont combinées ou non, par exemple des raisons de simple commodité, l'avantage de la mise en commun des ressources, l'identité d'intérêts, la sympathie, l'amitié et l'affection non sexuelle, l'avantage d'avoir un soutien pour quelqu'un qui est infirme ou malade ou qui craint de tomber malade, ou encore simplement pour éviter la solitude ou l'isolement. À moins de pressions subjectives, il n'est pas nécessaire que le sexe soit un élément à considérer dans le choix d'un ou d'une partenaire. Il y a ceux, comme les appelants, pour lesquels le sexe est le facteur déterminant dans le choix du partenaire. Un grand nombre de couples de ce genre, peut-être la plupart d'entre eux, ne se présentent pas

⁹ S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 5.

¹⁰ Procès-verbaux et témoignages, fascicule n° 25, à la p. 25:7.

The discrimination perceived in the definition is not discrimination directed to homosexuals generally nor to all homosexual couples but only those who have both established a menage and proclaimed their relationship. The attack is, in substance, on the failure of the definition to comprehend the concept of common law marriage between persons of the same sex. It is precisely and only because Nesbit is similarly situated to the common law spouse of the opposite sex included in the definition that it can be rationally argued that his exclusion by the definition is discriminatory while leaving to another day the exclusion of other non-conjugal couples.

As I appreciate it, to reach the conclusion urged by the appellants, one must distinguish homosexual couples from the general class of non-conjugal couples denied spouse's allowance. The distinction is necessarily made on the basis of an irrelevant personal difference, sexual orientation; there is no other identifiable difference. One then accepts that, because they have maintained their relationship for at least a year and publicly represented themselves as spouses, they are not legitimately to be distinguished from common law spouses of the opposite sex for pension purposes. That seems to me to invert the teaching of *Andrews*. As the definition pertains to the appellants and other homosexual couples who hold themselves out as spouses, the conclusion that the distinction made by the definition is discrimination can, in my respectful opinion, only be reached by mechanical application of the similarly situated test.

The learned Trial Judge concluded:¹¹

When compared to the unit or group which benefits by the challenged law the plaintiffs fall into the general group of non-spouses and do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation.

¹¹ At p. 704.

publiquement comme conjoints de manière à bénéficier du redressement que recherchent les appelants.

La discrimination que les appelants voient dans la définition en cause n'est pas dirigée contre les homosexuels comme tels ni contre tous les couples homosexuels, mais seulement contre ceux qui se sont mis en ménage puis l'ont proclamé. Essentiellement, l'attaque des appelants vise la non-inclusion dans la définition, du concept d'union conjugale de fait formée de deux personnes du même sexe. C'est précisément et uniquement parce que la situation de Nesbit est analogue à celle du conjoint de fait de sexe opposé, qui est inclus dans la définition, que les appelants peuvent soutenir rationnellement que son exclusion par application de la définition est discriminatoire, sans toucher à la question de l'exclusion des autres couples non conjugaux.

Je vois que pour arriver à la conclusion que proposent les appelants, on doit distinguer les couples homosexuels de la catégorie générale des couples non conjugaux qui n'ont pas droit à l'allocation de conjoint. Cette distinction doit être nécessairement fondée sur une différence personnelle non pertinente, savoir les tendances sexuelles, car il n'y a aucune autre différence identifiable en l'espèce. On devra alors accepter que, les appelants ayant vécu ensemble pendant un an au moins et s'étant publiquement présentés comme conjoints, on ne peut légitimement pas, pour ce qui est de la pension, les distinguer des conjoints de fait de sexe opposé. Pareille conclusion irait à l'encontre des principes définis par l'arrêt *Andrews*. Dans la mesure où la définition en cause touche les appelants et d'autres couples homosexuels qui se présentent comme conjoints, on ne peut, à mon avis, arriver à la conclusion que la distinction contenue dans cette définition est discriminatoire, que par application mécanique du critère de la situation analogue.

Le juge de première instance a tiré la conclusion suivante¹¹:

Par comparaison avec l'unité ou la catégorie qui bénéficie de la loi contestée, les demandeurs relèvent de la catégorie générale des non-conjoints, et ne peuvent en bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles.

¹¹ À la p. 704.

I agree with that conclusion and, with respect, do not find the reasoning leading to it circular. In my view, the conclusion follows from a consideration of the nature of the *Old Age Security Act* and the purpose of the spouse's allowance, not mere acceptance of the definition.

I agree in the result with Mr. Justice Robertson and share his hope that the respondent will not pursue the costs to which she is entitled. I would dismiss the appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A. (*dissenting*): I am unable to agree.

The issue on this appeal is easy to state but difficult to resolve: does the definition of "spouse" in section 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 violate subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Section 2 of that Act provides the following definition:

2. In this Act,

. . .

"spouse", in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife;

This is a revised version of an earlier definition added to the *Old Age Security Act* in 1975 [S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 1], which was meant to bring "common law spouses", who had not been included prior to that time, under the newly enacted spouse's allowance program. This definition sets out who may be eligible to receive spouse's allowance benefits paid under subsection 19(1) of the *Old Age Security Act*. The use of the words "a person of the opposite sex" in the definition clearly restricts eligibility to partners in heterosexual relationships and excludes gay men and lesbians from eligibility.

James Egan and John Nesbit challenge this definition, arguing that it discriminates against them and other gay men on the ground of sexual orientation

Je partage cette conclusion, et n'en trouve pas le raisonnement sophistiqué. À mon avis, elle découle d'un examen de la nature de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et de l'objectif de l'allocation de conjoint, non pas d'une simple acceptation de la définition en cause.

Je partage la décision du juge Robertson, ainsi que son espoir que l'intimée ne demandera pas le remboursement des dépens auxquels elle a droit. Je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

* * *

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A. (*dissident*): Je ne peux me ranger aux conclusions de mes collègues.

Cet appel est facile à exposer, mais difficile à résoudre; il soulève la question de savoir si la définition de «conjoint» à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 2 de la Loi comporte la définition suivante:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi

. . .

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme.

Il s'agit là de la version révisée d'une définition antérieure et ajoutée en 1975 [S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 1] à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, afin d'étendre le bénéfice du nouveau régime d'allocation de conjoint aux «conjoints de fait» qui n'en bénéficiaient pas auparavant. Cette définition délimite l'admissibilité à l'allocation de conjoint prévue au paragraphe 19(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. L'emploi des mots «personne de sexe opposé» limite indubitablement l'admissibilité aux membres d'unions hétérosexuelles et exclut les gais et les lesbiennes.

James Egan et John Nesbit contestent cette définition, en soutenant qu'elle est discriminatoire à leur égard et à l'égard d'autres gais en raison de leurs ten-

contrary to subsection 15(1) of the Charter, which reads as follows:

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.

As a Charter challenge, and one based on sexual orientation, this case is very different from the judgment of the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, because it was argued on the ground of discrimination based on family status, not on sexual orientation, as this case is. In fact, the Supreme Court rejected Brian Mossop's claim partly because it relied on family status rather than sexual orientation as the ground of discrimination. More importantly, *Mossop* was concerned basically with a narrow issue of statutory interpretation involving the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], not a constitutional challenge; this case, on the other hand, involves a direct challenge to the constitutionality of a legislative provision (*Mossop, supra, per Lamer C.J.*, at page 578). The Supreme Court in *Mossop* mentioned this point repeatedly, indicating that the analysis might well have been different had the Charter been relied upon. Chief Justice Lamer, writing for the majority, referred to the narrow reach of the *Mossop* decision, explaining that "this decision [should not] be interpreted as meaning that homosexual couples cannot constitute a 'family' for the purposes of legislation other than the *CHRA*" (*Mossop, supra, per Lamer C.J.*, at page 582.) The case before us does not raise the issue of the definition of family.

Similarly, this case is also very different from *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] O.J. 575 (QL) in which the issue of marriage between gay and lesbian partners was considered. Indeed, in *Layland*, Justice Southey expressly stated (at page 23 (QL)):

Whether parties to homosexual unions should receive the same benefits as parties to a marriage, without discrimination because of the nature of their unions, is another question.

dances sexuelles et en violation du paragraphe 15(1) de la Charte, qui prévoit ce qui suit:

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.

En tant que recours fondé sur la Charte contre la discrimination pour cause de tendances sexuelles, l'affaire en instance est très différente de la cause *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, qui porte sur la discrimination pour cause de situation de famille. En fait, la Cour suprême a rejeté les prétentions de Brian Mossop en partie parce qu'il concluait à discrimination pour cause de situation de famille et non pour cause de tendances sexuelles. Ce qui est plus important encore, c'est que l'arrêt *Mossop* porte surtout sur la question restreinte de l'interprétation d'une loi, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], et non sur sa constitutionnalité; par contre, nous sommes en présence en l'espèce d'une attaque directe contre la constitutionnalité d'un texte de loi (*Mossop, supra*, le juge en chef Lamer, à la page 578). Dans *Mossop*, la Cour suprême rappelle ce point à plusieurs reprises, en indiquant que l'analyse aurait pu être tout autre si la Charte avait été en jeu. Prononçant les motifs de la majorité, le juge en chef Lamer fait état du champ restreint de la décision *Mossop*, soulignant que «[c]ette décision ne doit pas non plus être interprétée comme signifiant que les couples homosexuels ne peuvent pas constituer une "famille" dans le contexte de lois autres que la *LCDP*». (*Mossop, supra*, le juge en chef Lamer, à la page 582). L'affaire dont nous sommes saisis ne soulève pas la question de la définition de famille.

De même, elle est aussi très différente de la cause *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] O.J. 575 (QL) qui porte sur le mariage entre gais ou entre lesbiennes. En effet, dans *Layland*, le juge Southey a expressément conclu ce qui suit, à la page 23 (QL)):

[TRADUCTION] Que les partenaires unis par des relations homosexuelles soient admissibles ou non aux mêmes prestations que les gens unis par les liens du mariage, sans discrimination fondée sur la nature de leur union, voilà une autre question.

Thus, these two recent decisions are of little help in resolving this case which focusses on a rather different issue: Does the Charter permit the exclusion of gay and lesbian partners from the spouse's allowance program or does that amount to discrimination founded on sexual orientation? The majority, affirming the Trial Judge, holds that they may be excluded; I dissent from that view.

1. FACTS

James Egan and John Nesbit have lived together since 1948 in an openly gay relationship. Over the past 45 years, they have shared a long term commitment to each other, thoroughly intermingling their daily lives. They share joint bank accounts, credit cards and property ownership. By their wills, Egan and Nesbit appointed each other as their respective executors and beneficiaries. They also hold absolute power of attorney for each other. Egan and Nesbit publicly exchanged rings and, to their friends and family, they refer to themselves as partners.

On September 14, 1986, Egan reached 65 years of age. On October 1, 1986, Egan became eligible and began receiving old age security and guaranteed income supplement. By letter dated February 25, 1987, Egan applied on behalf of John Nesbit for a spouse's allowance, pursuant to section 19 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 2] of the *Old Age Security Act*. The appellants were advised by letter from the Department of National Health and Welfare that Nesbit was ineligible for spouse's allowance.

On July 24, 1989, Nesbit applied for spouse's allowance pursuant to the provisions of Part III of the Act. In the application, Egan was described as Nesbit's spouse. On September 8, 1989, Nesbit's application was also denied by the Department of National Health and Welfare on the basis that he was not the spouse of Egan, as defined in section 2 of the Act. Egan and Nesbit appealed this determination to the Trial Division of this Court, which dismissed their appeal (*Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.)).

On voit donc que ces deux décisions récentes ne sont guère un secours pour la solution du litige en l'espèce, qui porte sur une question plutôt différente, savoir si la Charte permet l'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint et si cette exclusion vaut discrimination pour cause de tendances sexuelles. La majorité de la Cour, confirmant le jugement de première instance, conclut que les gais et les lesbiennes peuvent être exclus du programme; je ne partage pas cette conclusion.

1. LES FAITS DE LA CAUSE

James Egan et John Nesbit forment depuis 1948 une union homosexuelle au grand jour. Ces 45 dernières années, ils ont vécu un engagement durable l'un envers l'autre, leur vie quotidienne étant intimement liée. Ils ont des comptes bancaires joints et partagent cartes de crédit et autres biens. Dans leurs testaments, Egan et Nesbit se sont désignés l'un et l'autre leurs exécuteurs testamentaires et légataires respectifs. Ils se donnent aussi l'un à l'autre pleine procuration générale. Ils ont publiquement échangé les anneaux de mariage et, à leurs parents et amis, se présentent comme partenaires.

Le 14 septembre 1986, Egan atteint l'âge de 65 ans. Le 1^{er} octobre 1986, il devient admissible à la pension de sécurité de la vieillesse et au supplément de revenu garanti, qu'il commence à recevoir. Par lettre en date du 25 février 1987, il demande pour John Nesbit l'allocation de conjoint visée à l'article 19 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 34, art. 2] de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social informe par lettre les appelants que Nesbit n'a pas droit à l'allocation de conjoint.

Le 24 juillet 1989, Nesbit demande l'allocation de conjoint sous le régime des dispositions de la Partie III de la Loi. Dans la demande, il indique que Egan est son conjoint. Le 8 septembre 1989, la demande de Nesbit est également rejetée par le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social par ce motif qu'il n'est pas le conjoint d'Egan, au sens de la définition à l'article 2 de la Loi. Egan et Nesbit saisissent la Section de première instance de cette Cour, qui rejette leur recours (*Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1^{re} inst.)).

The Trial Judge concluded that the spouse's allowance program is not discriminatory. The Trial Judge acknowledged that the definition of spouse in section 2 of the Act creates a distinction, but determined that that distinction was not discriminatory. He explained at page 703:

The legislation denies the financial benefits, the spouse's allowance, to homosexual couples which benefits are accorded to heterosexual couples where one spouse has reached the age of 65 and the other is between the age of 60 and 65 but, in my view, that distinction is not made upon the basis of the sexual orientation of the plaintiffs and thus does not discriminate against them on that basis.

The Trial Judge then considered on what basis the distinction was drawn. After reviewing the submissions of counsel, the Trial Judge decided that the distinction created under the spouse's allowance program is between spouses and non-spouses. He concluded at pages 703-704:

The plaintiffs in this matter do not come within the definition assigned by Parliament to the group which it intended to benefit

When compared to the unit or group which benefits by the challenged law the plaintiffs fall into the general group of non-spouses and do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation.

In my view, however, this analysis, which is largely adopted by the majority, is circular, returning us to the original issue without satisfactorily resolving it. The issue before this Court is whether the definition of spouse in the *Old Age Security Act* creates a distinction in the distribution of benefits which is discriminatory on the basis of sexual orientation. That issue cannot be resolved simply by stating that the distinction drawn by the Act is based on the definition of spouse rather than on sexual orientation. It is, after all, the definition of spouse that is being attacked as discriminatory. The question before us is whether the exclusion of gay and lesbian partners from the definition of spouse, and therefore from eligibility for spouse's allowance, contravenes subsection 15(1) of the Charter. Thus, in my view, this Court must subject the definition of spouse in the *Old Age Security Act* to a thorough subsection 15(1) analysis.

Le juge de première instance conclut que le programme de l'allocation de conjoint n'est pas discriminatoire. Tout en admettant que la définition de conjoint à l'article 2 de la Loi crée une distinction, il conclut cependant que cette distinction n'est pas discriminatoire, par cette explication à la page 703:

Cette loi refuse aux couples homosexuels des prestations financières, savoir l'allocation de conjoint, qui sont accordées aux couples hétérosexuels dont l'un des conjoints a 65 ans révolus et l'autre est âgé de 60 à 65 ans. Cependant, cette distinction n'est pas fondée sur les tendances sexuelles des demandeurs et ne constitue donc pas à leur égard une mesure discriminatoire fondée sur ce motif.

Le juge de première instance examine ensuite le fondement de cette distinction. Après avoir analysé les arguments des avocats de part et d'autre, il conclut que la distinction créée par le programme de l'allocation de conjoint sépare conjoints et non-conjoints. Il se prononce en ces termes aux pages 703 et 704:

En l'espèce, les demandeurs ne tombent pas dans le champ d'application de la définition donnée par le législateur à la catégorie de personnes auxquelles il entendait accorder l'allocation de conjoint.

Par comparaison avec l'unité ou la catégorie qui bénéficie de la loi contestée, les demandeurs relèvent de la catégorie générale des non-conjoints, et ne peuvent en bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles.

À mon avis cependant, cette analyse, adoptée en grande partie par la majorité, est sophistiquée car elle nous ramène à la question initiale sans lui donner une solution satisfaisante. La question soumise à la décision de la Cour est de savoir si la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* crée, dans l'octroi de prestations, une distinction qui serait discriminatoire au chapitre des tendances sexuelles. On ne peut résoudre cette question en se contentant de dire que la distinction faite par la Loi est fondée sur la définition de conjoint et non pas sur les tendances sexuelles. C'est justement cette définition de conjoint qui est visée par la plainte de discrimination. La question qui se pose est de savoir si l'exclusion des gais et des lesbiennes de la définition de conjoint et, par conséquent, de l'admissibilité à l'allocation de conjoint, enfreint le paragraphe 15(1) de la Charte. Il s'ensuit qu'à mon avis, la Cour doit soumettre la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* à une analyse minutieuse à la lumière du paragraphe 15(1) de la Charte.

2. REMEDIES GENERALLY UNDER SUBSECTIONS 24(1) AND 52(1)

There are two different levels of analysis that may be employed in a subsection 15(1) inquiry. Which level should be used depends on whether a party is seeking an individual remedy under subsection 24(1) or whether the party is seeking a general remedy under subsection 52(1). Following the decision of the Supreme Court in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, it is now clear that subsections 24(1) and 52(1) serve distinct remedial functions. Subsection 24(1) empowers courts to devise individualized remedies. That subsection operates where a law is not by itself unconstitutional but where action taken under that law violates a person's Charter rights. In that situation, it is the impact or effect of the action on the individual which is relevant. Accordingly, when a party bringing a subsection 15(1) claim seeks an individualized remedy under subsection 24(1), they will have to show that the impugned distinction has, directly or indirectly, compromised their equality rights personally. Evidence that action undertaken pursuant to a particular law violates the equality rights of a group generally will be probative, but by itself it will not be determinative of whether the subsection 15(1) rights of an individual have been violated. Since subsection 24(1) provides individualized remedies, the ultimate focus of a Charter analysis leading to a subsection 24(1) remedy must be on the party personally.

Unlike subsection 24(1), subsection 52(1) applies to invalidate all or part of a law, when the law itself, not an act done under the law, is held to be unconstitutional. To establish that a law violates the Charter and is therefore unconstitutional, reference must be had to the purpose or effect of the law generally. The constitutionality of a law cannot be confirmed by establishing that it does not violate a particular individual's rights. You cannot prove that something is constitutional generally by showing that it is constitutional in one instance. Thus, where a party raising a subsection 15(1) claim contests the validity of a law under subsection 52(1), it must be established that the relevant legislation violates the rights of the group (*i.e.*, gay men, lesbians, women, African-Canadians,

2. RECOURS DÉCOULANT DES PARAGRAPHES 24(1) ET 52(1)

L'analyse à la lumière du paragraphe 15(1) peut s'effectuer à deux niveaux différents. Le niveau indiqué dépend de la question de savoir si le demandeur conclut à réparation individuelle sous le régime du paragraphe 24(1) ou à réparation générale sous le régime du paragraphe 52(1). À la suite de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, il est maintenant clair que les paragraphes 24(1) et 52(1) ont des fonctions correctives différentes. Le paragraphe 24(1) habilite les tribunaux à ordonner des réparations individualisées. Il entre en jeu lorsqu'une loi n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'un acte accompli sous son régime porte atteinte à des droits garantis par la Charte. Dans ce cas, ce qui importe, c'est l'effet de l'acte sur l'individu touché. En conséquence, il incombe à la partie qui se fonde sur le paragraphe 15(1) pour conclure à une réparation individualisée sous le régime du paragraphe 24(1), de prouver que la distinction en cause a, directement ou indirectement, porté atteinte à ses propres droits à l'égalité. La preuve que l'acte accompli en application d'une loi porte atteinte aux droits à l'égalité d'un groupe sera concluante, mais ne suffira pas à elle seule à établir que les droits garantis par le paragraphe 15(1) à un individu ont été violés. Étant donné que le paragraphe 24(1) porte réparation individualisée, l'analyse faite à la lumière de la Charte en vue de cette réparation doit être focalisée en dernière analyse sur la partie demanderesse elle-même.

À la différence du paragraphe 24(1), le paragraphe 52(1) s'applique pour invalider tout ou partie d'une loi, lorsqu'il est jugé que cette loi elle-même, et non pas un acte accompli sous son régime, est inconstitutionnelle. Pour prouver qu'une loi va à l'encontre de la Charte et est de ce fait inconstitutionnelle, il est nécessaire de prendre en considération son but ou son effet général. Il ne suffit pas de démontrer qu'une loi ne viole pas les droits d'un individu pour en confirmer la constitutionnalité. On ne peut pas prouver que quelque chose est constitutionnel sur le plan général en démontrant qu'il est constitutionnel dans un cas particulier. Il s'ensuit que la partie qui se fonde sur le paragraphe 15(1) pour contester la validité d'une loi sous le régime du paragraphe 52(1), doit prouver que

etc.). Of course, where relief is sought under subsection 52(1), the fact that the equality rights of the party raising the claim are violated personally may serve as evidence that the subsection 15(1) equality rights of the group have been violated. Where a provision contravenes the equality rights of an individual as a member of a group, it follows that the provision violates the equality rights of the group. This is not to suggest, however, that a member of a particular group cannot succeed in challenging the validity of a law where there is no indication that their equality rights have been personally infringed. A remedy under subsection 52(1) does not in any way depend upon proof that the subsection 15(1) rights of an individual bringing a claim have been violated.

The need to establish a violation of the equality rights of both the group and the individual will only arise where subsections 24(1) and 52(1) are both relied upon. However, as Chief Justice Lamer observed in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, a subsection 24(1) remedy will rarely be available in conjunction with the operation of section 52. In those exceptional circumstances in which both sections apply, both levels of analysis—individual and general—will be required. Where, as here, that is not the case, the appropriate level of analysis to be used throughout the subsection 15(1) inquiry will correspond to the remedy pursued.

In the case before us, the parties are essentially seeking a subsection 52(1) remedy. Accordingly, my subsection 15(1) analysis will focus on the group—gay men and lesbians—rather than on the parties personally. My concern will mainly be the effect of the spouse's allowance program on that group generally, rather than on the appellants individually.

3. SUBSECTION 15(1) OF THE CHARTER

Subsection 15(1) falls under the heading "*Equality Rights*" in the Charter. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 164,

celle-ci porte atteinte aux droits du groupe (c'est-à-dire les gais, les lesbiennes, les femmes, les Afro-Canadiens, etc.). Il va de soi qu'en cas de recours intenté en application du paragraphe 52(1), le fait que les propres droits à l'égalité de la partie demanderesse sont violés peut servir à prouver que les droits à l'égalité du groupe, garantis par le paragraphe 15(1), ont été violés. Si une disposition porte atteinte aux droits à l'égalité d'un individu en sa qualité de membre d'un groupe, elle porte atteinte également aux droits à l'égalité de ce groupe. Cela ne signifie cependant pas qu'un membre d'un groupe donné ne peut pas contester avec succès la validité d'une loi dans le cas où rien n'indique que ses propres droits à l'égalité ont été violés. La réparation fondée sur le paragraphe 52(1) n'est nullement subordonnée à la preuve qu'il y a eu violation des droits garantis par le paragraphe 15(1) à l'individu qui intente le recours.

Il n'est nécessaire de prouver la violation des droits à l'égalité à la fois du groupe et de l'individu que si les paragraphes 24(1) et 52(1) sont invoqués simultanément. Cependant, comme l'a fait observer le juge en chef Lamer dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, la réparation visée au paragraphe 24(1) sera rarement accordée en conjonction avec l'application de l'article 52. Dans les cas exceptionnels où les deux dispositions s'appliquent simultanément, l'analyse doit se faire aux deux niveaux, individuel et général. Dans le cas contraire, comme en l'espèce, le niveau d'analyse à observer tout au long du jugement à la lumière du paragraphe 15(1) correspondra à la réparation recherchée.

En l'espèce, les appelants concluent essentiellement à réparation sous le régime du paragraphe 52(1). En conséquence, mon analyse à la lumière du paragraphe 15(1) sera centrée sur le groupe—gais et lesbiennes—et non pas sur les appelants à titre individuel. Mon examen portera principalement sur l'effet du programme de l'allocation de conjoint sur le groupe en général, et non pas sur les appelants individuellement.

3. LE PARAGRAPHE 15(1) DE LA CHARTE

Le paragraphe 15(1) fait partie de l'article intitulé «*Droits à l'égalité*» de la Charte. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S.

the first Supreme Court decision addressing subsection 15(1), Mr. Justice McIntyre observed:

The concept of equality has long been a feature of Western thought. As embodied in s. 15(1) of the *Charter*, it is an elusive concept and, more than any of the other rights and freedoms guaranteed in the *Charter*, it lacks precise definition.

Without attempting a precise definition, the Supreme Court has clearly outlined the purpose of subsection 15(1). In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 994, Chief Justice Lamer proclaims that subsection 15(1) is aimed at “remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in Canadian society.” Similarly, in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1333, Madam Justice Wilson, writing for the Court, declared again that the purposes of subsection 15(1) lie “in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society.” It is with this laudable goal in mind that subsection 15(1) must be applied.

The purpose of section 15 enunciated by the Supreme Court is reflected in the “enumerated and analogous grounds” approach adopted by that Court. As Mr. Justice McIntyre explained in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at page 182:

The ... “enumerated and analogous grounds” approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above and leaves questions of justification to s. 1. However, in assessing whether a complainant’s rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered.

The point of this approach is to view the issues raised by a section 15 claim in light of the social, political and historical circumstances of the group raising the challenge. With an understanding of the circumstances of the group coming within the enumerated or analogous ground, a court is able to better appreciate the implications of a distinction that denies a benefit or imposes a burden on the group. This is cap-

143, qui est la première décision de la Cour suprême portant sur le paragraphe 15(1), le juge McIntyre a fait cette observation en page 164:

Le concept d’égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. Enchâssé au par. 15(1) de la *Charte*, c’est un concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise.

Sans essayer de formuler une définition précise, la Cour suprême a donné un clair exposé du but du paragraphe 15(1). Dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 994, le juge en chef Lamer proclame que cette disposition a pour objet «de corriger ou d’empêcher la discrimination contre des groupes victimes de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans la société canadienne». De même, dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1333, Madame le juge Wilson, rendant le jugement de la Cour, a réitéré en ces termes l’objectif du paragraphe 15(1): «remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination». C’est à la lumière de cet objectif louable qu’il faut appliquer le paragraphe 15(1).

L’objectif de l’article 15, tel que l’énonce la Cour suprême, est illustré par la méthode des «motifs énumérés et analogues» qu’elle adopte. Ainsi que l’explique le juge McIntyre dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, à la page 182:

Le ... point de vue ... des «motifs énumérés et analogues», correspond davantage aux fins de l’art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant et renvoie à l’article premier les questions de justification. Cependant, pour vérifier s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s’il s’agit d’un motif énuméré ou analogue. L’examen doit également porter sur l’effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant.

Cette méthode consiste à examiner les questions soulevées par le recours fondé sur l’article 15 à la lumière de la situation sociale, politique et historique du groupe plaignant. Une fois pénétrée de cette situation envisagée à la lumière d’un motif énuméré ou analogue, la juridiction compétente sera en mesure de mieux saisir les ramifications d’une distinction qui dénie un bénéfice ou impose un fardeau à ce groupe.

tured in the specific steps to be followed in an analysis under subsection 15(1).

An inquiry under subsection 15(1) of the Charter involves two stages of analysis: the first refers to equality rights and the second refers to freedom from discrimination. In order to make out a claim under subsection 15(1), a party must establish that a law draws a distinction or has a disparate impact which violates one of the four equalities and which does so with discrimination. Chief Justice Lamer recently summarized the basic framework for an inquiry under subsection 15(1) in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

This summary charts the direction of a subsection 15(1) inquiry. It requires some considerable elaboration.

(a) The four equalities

At the outset, as the Chief Justice explained, the Court must first determine whether a classification exists or a distinction has been drawn—intentionally or otherwise—which violates one of the four basic equality rights:

1. equality before the law;
2. equality under the law;
3. equal protection of the law; or,

Elle y parviendra par la démarche expressément prescrite pour l'analyse au regard du paragraphe 15(1).

L'examen à la lumière du paragraphe 15(1) de la Charte comporte deux phases d'analyse: la première porte sur les droits à l'égalité, la seconde sur la protection contre la discrimination. Pour faire valoir une demande sous le régime du paragraphe 15(1), le demandeur doit prouver qu'une loi fait une distinction ou a un effet disparate qui viole l'un des quatre droits à l'égalité, et ce de façon discriminatoire. Le juge en chef Lamer a récemment résumé ce que doit être le cadre fondamental de l'analyse à la lumière du paragraphe 15(1), dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 992:

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que l'art. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger et empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Ce résumé trace la voie à suivre dans l'analyse au regard du paragraphe 15(1). Il appelle plusieurs éclaircissements.

a) Les quatre droits à l'égalité

Comme l'explique le juge en chef, la juridiction saisie doit examiner s'il existe une classification ou une distinction—intentionnelle ou non—qui porte atteinte à l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité suivants:

1. égalité devant la loi;
2. égalité dans la loi;
3. même protection de la loi;

4. equal benefit of the law.

At this stage, explanations, justifications and even questions of discrimination need not be addressed. Thus, a test which asks “whether a distinction is ‘unreasonable’, ‘invidious’, ‘unfair’ or ‘irrational’ imports limitations into s. 15 which are not there. . . . The equality rights must be given their full content divorced from justificatory factors properly considered under s. 1.” (See *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1328, *per* Madam Justice Wilson). The inquiry at this stage, therefore, is intended to be straightforward, but, we must still determine which level of analysis is appropriate in the circumstances.

As explained above, the correct level of analysis depends on whether a party is pursuing an individual remedy under subsection 24(1), or whether the party is seeking a general remedy under subsection 52(1). Since the appellants in this case are relying mainly on subsection 52(1), we must determine whether, as a group, gay men and lesbians are denied one of the four equalities. Our inquiry is not limited to the individual circumstances of the appellants. The issue is whether the *Old Age Security Act*, and the definition of spouse in particular, violates one of the four equality rights of gay men and lesbians generally.

Subject to certain restrictions, a person between the ages of sixty and sixty-five who is the spouse of a pensioner is eligible to receive monthly spouse’s allowance payments under section 19 of the *Old Age Security Act*. As indicated above, the term “spouse” is defined in section 2 of the Act as follows:

2. In this Act

“spouse”, in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife;

4. même bénéfice de la loi.

À ce stade de l’analyse, il n’est pas nécessaire de s’occuper des explications, des justifications ni même des questions de discrimination. Ainsi donc, un critère qui correspond à la question de savoir «si la distinction est “déraisonnable”, “odieuse”, “injuste” ou “irrationnelle”, a pour effet de prêter à l’art. 15 des restrictions qui ne s’y trouvent pas. . . Il faut donner aux droits à l’égalité leur plein sens, indépendamment des facteurs justificatifs qu’il convient d’examiner en vertu de l’article premier». (Voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1328, motifs prononcés par Madame le juge Wilson.) Il s’ensuit qu’à ce stade, l’examen sera simple, mais il nous faut toujours décider quel niveau d’analyse est indiqué eu égard aux faits de la cause.

Comme il a été expliqué *supra*, le niveau d’analyse indiqué dépend de la question de savoir si la partie demanderesse conclut à réparation individuelle sous le régime du paragraphe 24(1) ou à réparation générale sous le régime du paragraphe 52(1). Attendu qu’en l’espèce, les appelants invoquent principalement le paragraphe 52(1), il nous faut examiner si, en tant que groupe, les gais et les lesbiennes se sont vu dénier l’un des quatre droits à l’égalité. Notre examen n’est pas limité à la situation particulière des appelants. Il échet au contraire d’examiner si la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, en particulier la définition de conjoint qu’elle prévoit, porte atteinte à l’un des quatre droits à l’égalité des gais et des lesbiennes pris dans leur ensemble.

Sous réserve de certaines restrictions, toute personne âgée entre 60 et 65 ans, qui est la conjointe (ou le conjoint) d’un pensionné (ou pensionnée), a droit à une allocation mensuelle de conjoint en application de l’article 19 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Comme indiqué *supra*, le terme «conjoint» est défini à l’article 2 de la Loi comme suit:

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme.

The word “includes” signifies that, in addition to the conventional definition of a spouse as a person legally married to another person, the Act also “includes” what are generally referred to as “common law spouses” (although the definition may not correspond precisely with the legal description of a common law spouse.). In contrast, the words “of the opposite sex” are used to create an exclusion. By virtue of those words, persons in same sex relationships are excluded from receiving spouse’s allowance. This definition specifically distinguishes between couples of the opposite sex and same sex couples, excluding the latter. Other types of relationships are also excluded by the definition of spouse under the Act, but that is not determinative of the question of whether a distinction has been drawn which violates one of the four equalities. In any event, it is obvious that gay and lesbian partners are specifically excluded from eligibility for spouse’s allowance benefits independent of the exclusion of other groups or individuals.

On this reading of the definition of the word spouse in section 2 of the Act, heterosexual partners are eligible to apply for and receive spouse’s allowance, subject to certain qualifications, while gay and lesbian partners are not eligible to receive such an allowance. This is an obvious example in which a distinction is drawn between partners in gay and lesbian relationships and partners in heterosexual relationships. The effect of that distinction is to deny spouse’s allowance to men and women in gay and lesbian relationships. Monthly spouse’s allowance payments are clearly a benefit of the law as that phrase is used in subsection 15(1) of the Charter. In fact, spouse’s allowance is specifically included in the definition of “benefit” in the *Old Age Security Act* (see section 2). One cannot escape the conclusion, then, that the effect of the distinction drawn in the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act* is to deny otherwise qualified gay men and lesbians the equal benefit of the law.

Le mot «assimilée» signifie qu’outre la définition conventionnelle de conjoint comme étant une personne légitimement mariée à une autre, la Loi y «assimile» ceux qu’on appelle communément «conjoint de fait» (bien qu’il soit possible que la définition en cause ne corresponde pas exactement à la qualification juridique de conjoint de fait). Par contraste, les mots «de sexe opposé» sont employés pour en exclure d’autres. En vertu de ces mots, les personnes unies par des relations homosexuelles sont exclues du régime de l’allocation de conjoint. Cette définition distingue expressément entre couples hétérosexuels et couples homosexuels, lesquels sont exclus de son champ d’application. D’autres types de relations sont également exclus par la définition de conjoint de la Loi, mais ce fait n’est pas un facteur déterminant de la solution de la question de savoir si une distinction a été faite qui porte atteinte à l’un des droits à l’égalité. Quoi qu’il en soit, il est manifeste que gais et lesbiennes sont expressément exclus de l’admissibilité à l’allocation de conjoint, et ce indépendamment de l’exclusion d’autres groupes ou individus.

Selon cette interprétation de la définition du mot conjoint à l’article 2 de la Loi, les partenaires hétérosexuels sont admissibles à demander et à recevoir l’allocation de conjoint sous réserve de certaines conditions, alors que les membres d’unions de gais ou de lesbiennes n’y sont pas admissibles. Voilà un parfait exemple de cas où une distinction est faite entre membres d’unions homosexuelles et membres d’unions hétérosexuelles. Cette distinction a pour effet de dénier l’allocation de conjoint aux hommes et aux femmes unis par des relations homosexuelles. L’allocation mensuelle de conjoint est indubitablement un bénéfice de la loi au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. En fait, l’allocation de conjoint est expressément incluse dans la définition de «prestation» que donne la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (voir l’article 2). Ainsi, on n’a pas d’autre choix que de conclure que la distinction faite par la définition de conjoint à l’article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* a pour effet de dénier le même bénéfice de la loi à des gais et des lesbiennes, qui sont qualifiés à tous autres égards.

(b) Discrimination under subsection 15(1)

After determining whether the impugned distinction violates one of the four equality rights, the Court must next consider whether the distinction in question constitutes discrimination for the purposes of subsection 15(1). This is the key component of the subsection 15(1) analysis. As Madam Justice Wilson explained in *Turpin, supra*, at page 1331:

The internal qualification in s. 15 that the differential treatment be “without discrimination” is determinative of whether or not there has been a violation of the section. It is only when one of the four equality rights has been denied with discrimination that the values protected by s. 15 are threatened and the court’s legitimate role as the protector of such values comes into play.

There are two elements necessary to a finding of discrimination under subsection 15(1). At the outset, a claim of discrimination must be brought within the ambit of subsection 15(1) by establishing that the relevant distinction is drawn on an “enumerated or analogous” ground of discrimination. If it can be established that a claim falls within an enumerated or analogous ground, the final issue is whether the impugned distinction leading to the claim has a discriminatory impact or effect. As the Supreme Court jurisprudence under section 15 makes clear, the approach to this last issue remains the same regardless of whether the claim falls within an enumerated ground or whether it falls within an analogous ground. The Court has always applied the same test whether the group raising the challenge relied on an enumerated or an analogous ground.

(i) Enumerated or analogous ground

The prohibited grounds listed in subsection 15(1) are representative rather than exhaustive. Accordingly, subsection 15(1) prohibits discrimination not only on the listed grounds, but also on grounds analogous to those expressly set out in the subsection (*Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at page 182; *Turpin, supra*, at page 1332; *Swain, supra*). However, what counts as analogous cannot be decided simply by searching for similarities between a particular case and the listed grounds. To determine whether a group falls within a category analogous to those specifically enumerated in subsection 15(1), it is necessary to look beyond the circumstances of the

b) Discrimination au regard du paragraphe 15(1)

Après avoir décidé si la distinction contestée porte atteinte à l’un des quatre droits à l’égalité, la Cour doit examiner si cette distinction vaut discrimination au regard du paragraphe 15(1). Cet examen est l’élément clé de toute analyse à la lumière de cette disposition. Ainsi que l’a expliqué Madame le juge Wilson dans *Turpin, supra*, à la page 1331:

La réserve intrinsèque de l’art. 15 portant que la différence de traitement doit se faire «indépendamment de toute discrimination» est déterminante quant à savoir s’il y a eu violation de l’article. Ce n’est que si l’un des quatre droits à l’égalité a été violé de manière discriminatoire que les valeurs protégées par l’art. 15 sont menacées et que le rôle légitime de la cour à titre de protecteur de ces valeurs entre en jeu.

Deux éléments sont nécessaires en vue d’un verdict de discrimination au regard du paragraphe 15(1). Dès le début, la plainte de discrimination doit s’insérer dans le cadre du paragraphe 15(1) par la preuve que la distinction en cause est fondée sur un motif «énuméré ou analogue» de discrimination. Si le demandeur peut prouver que la plainte correspond à l’un des motifs énumérés ou analogues, la question finale à résoudre est de savoir si la distinction en cause a un effet discriminatoire. Il ressort de la jurisprudence établie par la Cour suprême au sujet de l’article 15 que la démarche à adopter pour résoudre cette dernière question demeure la même, peu importe que la plainte vise un motif énuméré ou un motif analogue. La Cour a toujours appliqué le même critère peu importe que la partie plaignante invoque un motif énuméré ou un motif analogue.

(i) Motif énuméré ou analogue

L’énumération des motifs illicites de discrimination au paragraphe 15(1) est représentative et non restrictive. En conséquence, cette disposition interdit la discrimination fondée non seulement sur les motifs énumérés, mais aussi sur des motifs analogues à ceux qui y figurent expressément (*Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*, à la page 182; *Turpin, supra*, à la page 1332; *Swain, supra*). Cependant, pour décider s’il y a un ou des motifs analogues, il ne suffit pas de relever les similarités entre le cas d’espèce et les motifs énumérés. Pour décider si un groupe tombe dans une catégorie analogue à l’une des catégories expressément visées au paragraphe

particular case. As Madam Justice Wilson explained in *Andrews, supra* at page 152:

I emphasize, moreover, that this is a determination which is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society.

In other words, the issue at this stage is not whether the group is disadvantaged by the distinction drawn in this particular case, but rather whether the group characteristic is one on which political and social prejudice, stereotyping or historical disadvantage has been, is, or may be based. (See *Turpin, supra*, at page 1333; *Swain, supra*, at page 992).

The Supreme Court of Canada has, in the past, on a number of occasions, referred to the “discrete and insular minority” approach embraced by the Supreme Court of the United States in the now famous footnote 4 in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at pages 152-153. Under that approach, a court inquires into whether a group is a discrete and insular minority by considering whether they are a disadvantaged group within society in the sense that they are politically disempowered. Such a group will undoubtedly fall within an enumerated or analogous ground of discrimination for the purposes of subsection 15(1). Nevertheless, the “discrete and insular minority” test is but one criterion to be considered in assessing whether a distinction is discriminatory. Certainly a discrete and insular minority will be defined by a characteristic associated with an enumerated or analogous ground of discrimination, but there may be other groups that fall within the enumerated or analogous grounds that do not constitute a discrete and insular minority. A group may be socially, legally, or historically disadvantaged without necessarily being politically disempowered. Indeed, recognizing the limitations of the “discrete and insular minority” approach, Madam Justice Wilson explained that finding a “discrete and insular minority” . . . is not an end in itself but merely one of the analytical tools which are of assistance in determining whether the interest advanced by a particular claimant is the kind of interest s. 15 of the *Charter* is

15(1), il est nécessaire de regarder au-delà des faits de la cause. Ainsi que l’a expliqué Madame le juge Wilson dans *Andrews, supra*, à la page 152:

a Je tiens en outre à souligner qu’il s’agit là d’une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société.

b En d’autres termes, ce qu’il échet d’examiner à ce stade de l’analyse, ce n’est pas si le groupe concerné est désavantagé par la distinction faite en l’espèce, mais s’il est victime de préjugés politiques et sociaux, de stéréotypes, ou de désavantages de longue date en raison d’une caractéristique qui lui est propre. (Voir *Turpin, supra*, à la page 1333; *Swain, supra*, à la page 992.)

d La Cour suprême du Canada a évoqué à diverses reprises l’approche de la «minorité discrète et isolée», adoptée par la Cour suprême des États-Unis par la célèbre note de bas de page 4 dans son arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pages 152 et 153. Par cette méthode, la juridiction saisie examine si un groupe est une minorité discrète et isolée en considérant s’il est un groupe défavorisé au sein de la société en ce qu’il est dénué de pouvoir politique. Pareil groupe tombera indubitablement dans une catégorie de discrimination énumérée au paragraphe 15(1) ou dans une catégorie analogue. N’empêche que le critère de la «minorité discrète et isolée» n’est que l’un des critères à appliquer pour décider si la distinction en cause est discriminatoire. Une minorité discrète et isolée se définit certes par une caractéristique correspondant à un motif énuméré ou analogue de discrimination, mais il peut y avoir d’autres groupes qui tombent dans les catégories énumérées ou analogues et qui ne constituent pas pour autant une minorité discrète et isolée. Un groupe peut être défavorisé sur le plan social, juridique ou historique, sans être pour autant dénué de pouvoir politique. C’est ainsi que, prenant note des limitations de l’approche de la «minorité discrète et isolée», Madame le juge Wilson explique qu’elle «est non pas une fin en soi, mais simplement un moyen analytique de déterminer si un droit qu’un requérant particulier fait valoir est un droit du genre de ceux que l’art. 15 de la *Charte* est destiné à proté-

designed to protect.” (*Turpin, supra*, at page 1333; *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906, at page 944.)

Thus, inquiring into whether a group is a discrete and insular minority may play a role in bringing a group within an enumerated or analogous ground of discrimination. Such an inquiry will not, however, preclude a group from coming within the ambit of the protection of subsection 15(1) since other criteria may also be taken into consideration. As explained below, whether a group constitutes a discrete and insular minority or is otherwise independently disadvantaged will also play an important role in the final stage of the analysis, informing the assessment of whether the impugned distinction is discriminatory.

Turning to the facts of this case, Egan and Nesbit claim that section 2 of the *Old Age Security Act* discriminates on the basis of sexual orientation; it is immediately evident, however, that sexual orientation is absent from the list of prohibited grounds of discrimination in subsection 15(1). This raises the question whether sexual orientation is an analogous ground for the purposes of subsection 15(1). Although not among the enumerated grounds of discrimination, a number of recent court decisions have treated sexual orientation as an analogous ground for the purposes of subsection 15(1) of the Charter. In *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.), at page 329 (appeal to the F.C.A. dismissed on other grounds [(1990), 43 Admin L.R. 316]), Dubé J. recognized sexual orientation as an analogous ground. Shortly afterwards, Mr. Justice Coultas ruled that discrimination based on sexual orientation contravenes the equality provisions of the Charter (*Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (B.C.S.C.)). In another British Columbia case, Madam Justice Rowles premised her decision on the view that sexual orientation is an analogous ground, a point that had been conceded by the parties (*Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (B.C.S.C.), at page 743). Earlier this year, in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), the Ontario Court of Appeal noted that counsel for the Attorney General of Canada conceded that sexual orientation is an analo-

ger». (*Turpin, supra*, à la page 1333; *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, à la page 944.)

Ainsi donc, s’assurer si un groupe donné est une minorité discrète et isolée pourrait servir à le faire rentrer dans une catégorie énumérée ou analogue de discrimination. Le même examen ne pourra cependant pas avoir pour résultat d’exclure un groupe du champ de protection du paragraphe 15(1) puisque d’autres critères peuvent aussi entrer en ligne de compte. Comme nous le verrons plus loin, qu’un groupe constitue une minorité discrète et isolée ou soit défavorisé pour d’autres causes, jouera un rôle important au dernier stade de l’analyse en éclairant la question de savoir si la distinction attaquée est discriminatoire.

Pour en revenir aux faits de la cause en instance, Egan et Nesbit soutiennent que l’article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est discriminatoire au chapitre des tendances sexuelles; il ressort cependant à l’évidence que les tendances sexuelles ne figurent pas parmi les motifs illicites de discrimination qu’interdit le paragraphe 15(1). La question se pose ainsi de savoir si elles constituent une catégorie analogue à l’un des motifs qui y sont prévus. Bien que les tendances sexuelles ne figurent pas parmi les motifs énumérés de discrimination, certaines décisions récentes y ont vu un motif analogue pour l’application du paragraphe 15(1). Dans *Veysey c. Canada (Commissionnaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.), à la page 329 (appel rejeté par la Cour d’appel fédérale par d’autres motifs [(1990), 43 Admin. L.R. 316]), le juge Dubé a conclu que les tendances sexuelles constituaient un motif analogue. Peu de temps après, le juge Coultas a jugé que la discrimination pour cause de tendances sexuelles enfreignait les dispositions de la Charte sur les droits à l’égalité (*Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (C.S.C.-B.)). Dans une autre cause en Colombie-Britannique, Madame le juge Rowles a fondé sa décision sur le postulat que les tendances sexuelles représentent un motif analogue, ce que les parties en présence avaient reconnu (*Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (C.S.C.-B.), à la page 743). Au début de cette année, dans *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.),

gous ground. Mr. Justice Krever remarked (at page 501) "I agree and add that, as a matter of law, the concession is right." Similar findings have been made by human rights tribunals (*Leshner v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.), at page D/200) and have been authorized by a consent judgment of the Federal Court (*Douglas v. Canada*, [1993] 1 F.C. 264 (T.D.)). In fact, the Trial Judge in the case at bar accepted the defendant's concession that sexual orientation is an analogous ground of discrimination for the purposes of subsection 15(1). (*Egan v. Canada*, *supra*, at page 700). The only case in which a Court has ruled that sexual orientation is not covered by subsection 15(1) is *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (H.C.). However, that case relied on the similarly situated approach to subsection 15(1), which has since been rejected by the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*.

This judicial recognition that sexual orientation is an analogous ground of discrimination prohibited under subsection 15(1) is buttressed by a similar legislative recognition that gay men and lesbians have historically suffered disadvantage and prejudice and should be protected against discrimination. Discrimination on the basis of sexual orientation is expressly prohibited under the human rights statutes in Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Ontario, Quebec, and the Yukon Territory as well as in eight states of the United States of America: California, Connecticut, Hawaii, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, Vermont and Wisconsin. In 1985, the House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights released a report entitled *Equality for All* (Ottawa: Queen's Printer) recommending the inclusion of sexual orientation among the prohibited grounds of discrimination in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. Following this report, a proposed amendment to the Act which reflects the Committee's recommendation (Bill C-108, 1992) has been introduced into Parliament.

la Cour d'appel de l'Ontario a noté que l'avocat représentant le procureur général du Canada concédait que les tendances sexuelles constituaient un motif analogue. Le juge Krever a fait cette observation (à la page 501): [TRADUCTION] «Je suis d'accord, et j'ajouterais que, sur le plan juridique, cette concession est fondée». La même conclusion a été tirée par des tribunaux des droits de la personne (*Leshner v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. eng. Ont.), à la page D/200) et sanctionnée dans un jugement d'expédient de la Cour fédérale (*Douglas c. Canada*, [1993] 1 C.F. 264 (1^{re} inst.)). En fait, le juge de première instance saisi de l'affaire en instance a accepté la concession faite par la défenderesse que les tendances sexuelles constituaient un motif analogue de discrimination au regard du paragraphe 15(1). (*Egan c. Canada*, *supra*, à la page 700.) La seule cause dans laquelle un tribunal eût conclu que les tendances sexuelles ne tombaient pas sous le coup du paragraphe 15(1) est *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (H.C.). Cette décision était cependant fondée, pour l'application du paragraphe 15(1), sur le critère de la situation analogue qui a été depuis rejeté par la Cour suprême dans *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*.

Cette conclusion par les tribunaux que les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard du paragraphe 15(1) est renforcée par des lois qui reconnaissent que les gais et les lesbiennes ont souffert de tout temps de désavantages et de préjugés et devraient être protégés contre la discrimination. Ainsi la discrimination pour cause de tendances sexuelles est expressément interdite par les lois sur les droits de la personne du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l'Ontario, du Québec, et du territoire du Yukon, ainsi que de huit États des États-Unis d'Amérique: Californie, Connecticut, Hawaï, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, Vermont et Wisconsin. En 1985, le Comité des droits à l'égalité de la Chambre des communes a rendu public un rapport intitulé *Égalité pour tous* (Ottawa: L'imprimeur de la Reine) par lequel il recommandait d'ajouter les tendances sexuelles aux motifs de discrimination interdits par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. À la suite de ce rapport, un projet de modification de cette loi dans le sens de la recommandation

Consequently, as two historically disadvantaged groups, disadvantaged on the common ground of sexual orientation, lesbians and gay men are now entitled to the protection of subsection 15(1) of the Charter. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at page 153, Madam Justice Wilson explained that "It is consistent with the constitutional status of s. 15 that it be interpreted with sufficient flexibility to ensure the 'unremitting protection' of equality rights in the years to come." Wilson J. reasoned that the range of disadvantaged groups in society has changed and will continue to change with changing political and social circumstances. A brief look back into legal history reveals shameful instances in which groups we now consider to be entitled to protection from discrimination have been excluded from constitutional recognition. For instance, in 1856 the United States Supreme Court ruled in *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1856 U.S. S.Ct.), at pages 404-405, that individuals whose ancestors were brought to the United States from Africa and sold as slaves were not citizens under the Constitution. Chief Justice Taney stated:

The words "people of the United States" and "citizens" are synonymous terms, and mean the same thing. . . . The question before us is, whether the class of persons described in the plea in abatement compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and they are not included, and were not intended to be included, under the word "citizens" in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them.

Similarly, in 1928 the Supreme Court of Canada compared women to "criminals and lunatics and minors" when it ruled that women were not "qualified persons" within the meaning of section 24 of the *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.,

du comité (Projet de loi C-108, 1992) a été soumis au Parlement.

En conséquence, les lesbiennes et les gais, en tant que deux groupes traditionnellement défavorisés pour la même raison, leurs tendances sexuelles, ont maintenant droit à la protection du paragraphe 15(1) de la Charte. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, à la page 153, Madame le juge Wilson a fait cette observation: «Il est conforme au statut constitutionnel de l'art. 15 qu'il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la «protection constante» des droits à l'égalité dans les années à venir». À son avis, l'éventail des groupes défavorisés dans la société a changé et continuera de changer avec l'évolution du contexte politique et social. Un bref coup d'œil sur l'histoire du droit découvre des exemples honteux où des groupes que nous considérons aujourd'hui comme ayant droit à la protection n'ont pas été reconnus sur le plan constitutionnel. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a jugé en 1856 dans *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1856, U.S. S.Ct.), aux pages 404 et 405, que les individus dont les ancêtres avaient été amenés d'Afrique pour être vendus comme esclaves aux États-Unis n'étaient pas des citoyens au sens de la Constitution. Le juge en chef Taney s'est prononcé en ces termes:

[TRADUCTION] Les mots «le peuple des États-Unis» et «citoyens» sont synonymes et signifient la même chose. . . Il échet d'examiner si la catégorie de personnes visée dans la demande en nullité représente une partie de ce peuple et est un élément constitutif de cette souveraineté. À notre avis, elle ne l'est pas; elle n'est pas incluse, et n'a jamais été destinée à être incluse, dans le mot «citoyens» figurant dans la Constitution, et ne peut par conséquent prétendre à aucun des droits et privilèges que ce texte assure aux citoyens des États-Unis. Au contraire, elle était considérée à l'époque comme une catégorie d'êtres subordonnés et inférieurs, qui avaient été soumis par la race dominante et qui, qu'elle fût émancipée ou non, demeurerait soumise à leur autorité, et n'avait d'autres droits ou privilèges que ceux que les personnes qui détenaient le pouvoir et le gouvernement auraient pu choisir de lui accorder.

De même, en 1928, la Cour suprême du Canada assimilait les femmes aux «criminels, aliénés et mineurs» en concluant qu'elles n'étaient pas des «personnes ayant les qualifications voulues» au sens de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitution-*

1985, Appendix II, No. 5]] and therefore could not be appointed to the Senate (*Reference re Meaning of the word "Persons" in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] S.C.R. 276, revd by *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.)). Similar shameful examples of indefensible discrimination in the past can be found here and elsewhere in relation to race, religion, nationality, disability, gender, age, common law unions, divorced people, children born outside of marriage and many others.

One lesson to be learned from these cases is that a decision excluding a group from Charter protection cannot be justified by reference to the discriminatory treatment accorded that group in the past. We must be prepared to admit new grounds of discrimination; if we fail to do so, we perpetuate that discrimination. Certainly that was the view of the Privy Council when it overturned the Supreme Court's infamous ruling in the *Persons* case. In a passage which continues to guide the interpretation of our Constitution, Lord Sankey L.C. in *Re Section 24 of B.N.A. Act*, *supra*, at pages 106-107, issued the following statement:

The B.N.A. Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada.

Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board—it is certainly not their desire—to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation . . .

The living tree doctrine applies equally to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. (See *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at page 155.) We should, therefore, keep this metaphor clearly in mind when determining whether a ground of discrimination should be treated as an analogous ground for the purposes of subsection 15(1).

As with enumerated grounds such as race and sex, a person's sexual orientation has been a basis for discrimination and persecution throughout history. Gay men and lesbians are legally, economically, socially and politically disadvantaged. Lesbians and gay men endure the constant threat of verbal, physical, and

nelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] et, par conséquent, ne pouvaient être nommées au Sénat (*Reference re Meaning of the word «Persons» in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] R.C.S. 276, infirmé par *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.)). On peut trouver dans le passé de ce pays et d'ailleurs les mêmes exemples honteux de discrimination indéfendable fondée sur la race, la religion, la nationalité, l'infirmité, le sexe, l'âge, le concubinage, l'état de divorcé, l'état d'enfant naturel, pour ne citer que ces exemples.

Une leçon qu'on peut tirer de ces causes est qu'une décision qui exclut un groupe de la protection de la Charte ne peut se justifier par le traitement discriminatoire réservé par le passé au même groupe. Nous ne devons pas hésiter à reconnaître de nouveaux motifs de discrimination, faute de quoi nous perpétuerons cette discrimination. C'était certainement là la conclusion tirée par le Conseil privé lorsqu'il infirma l'abominable décision *Persons* de la Cour suprême. Dans un passage qui continue à guider l'interprétation de notre constitution, le lord chancelier Sankey s'est prononcé en ces termes dans *Re Section 24 of B.N.A. Act*, *supra*, aux pages 106 et 107:

[TRADUCTION] L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre capable de croissance et de développement à l'intérieur de ses limites naturelles. Cet Acte visait à donner une constitution au Canada.

Leurs Seigneuries ne pensent pas, et ne tiennent pas à ce que ce comité ait pour fonction de diminuer les dispositions de cet Acte par une interprétation étroite et formaliste; il est par contre tenu d'en donner une interprétation large et libérale.

La doctrine de l'arbre vivant s'applique également à la *Charte canadienne des droits et libertés*. (Voir *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la page 155.) Il nous faut donc garder cette métaphore à l'esprit lorsqu'il s'agit d'examiner si un motif de discrimination doit être considéré comme analogue à l'un des motifs visés par le paragraphe 15(1).

À l'instar des motifs énumérés comme la race et le sexe, les tendances sexuelles ont été un motif de discrimination et de persécution tout au long de l'histoire. Les gais et les lesbiennes sont défavorisés sur le plan juridique, économique, social et politique. Ils sont constamment en butte aux insultes et aux

sexual abuse. Harassment is not uncommon. For most of this century, certain forms of gay male sexual expression have been criminalized. Indeed, lesbians and gay men have often felt that they must conceal their lifestyles because of these difficulties. Certainly, gay men and lesbians have been excluded from aspects of public life in the past, including participation in the Armed Forces (*Douglas, supra; Meinhold v. U.S. (Department of Defense)*, [1993] W.L. 15899 (C.D. Cal.) (Westlaw)). In short, lesbians and gay men suffer widespread stereotyping and prejudice in our society, as they have throughout history. Thus, both the weight of recent authority and simple justice leads me to the conclusion that sexual orientation is an analogous ground of discrimination for the purposes of subsection 15(1) of the Charter.

Accepting that sexual orientation is an analogous ground of discrimination, it remains to be determined whether the spouse's allowance program discriminates on that ground.

(ii) Discrimination

If, as here, the ground on which the impugned distinction is drawn falls within an enumerated or analogous ground of discrimination for the purposes of subsection 15(1), the final consideration is whether that distinction has a discriminatory impact or effect. The definition of discrimination for the purposes of subsection 15(1) was set out by Mr. Justice McIntyre in *Andrews, supra*, at page 174:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

According to this definition, a distinction may be discriminatory regardless of whether that distinction was drawn intentionally or unintentionally (*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114). A dis-

menaces de violence physique et d'agression sexuelle. Le harcèlement est monnaie courante. Pendant la plus grande partie de ce siècle, certaines manifestations d'homosexualité ont été soumises à la loi pénale. En fait, lesbiennes et gais ont souvent senti qu'ils doivent dissimuler leur style de vie à cause de ces difficultés. Il est indéniable qu'ils ont été exclus par le passé de certaines manifestations de la vie publique, comme la participation aux Forces armées (*Douglas, supra; Meinhold v. U.S. (Department of Defense)*, [1993] W.L. 15899 (C.D. Cal.) (Westlaw)). En bref, lesbiennes et gais sont victimes de stéréotypes et de préjugés généralisés, comme ils l'ont été tout au long de l'histoire. C'est ainsi que l'autorité de la jurisprudence récente et la simple justice m'amènent à conclure que les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard du paragraphe 15(1) de la Charte.

Les tendances sexuelles étant acceptées comme un motif analogue de discrimination, il reste à examiner si le programme de l'allocation de conjoint est discriminatoire par ce motif.

(ii) Discrimination

Si, comme en l'espèce, le motif imputé à la distinction attaquée correspond à un motif de discrimination énuméré au paragraphe 15(1) ou à un motif analogue, la question à examiner en dernière analyse est de savoir si cette distinction a un effet discriminatoire. La définition de discrimination au regard du paragraphe 15(1) a été donnée par le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, à la page 174:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Selon cette définition, une distinction peut être discriminatoire, qu'elle soit intentionnelle ou non (*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114). Une

inction that is facially neutral will not survive subsection 15(1) scrutiny if it has a disparate impact on a particular group or an individual member of that group. Unintentional systemic discrimination will no more be tolerated under subsection 15(1) of the Charter than will direct intentional discrimination.

While a distinction must be based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group in order to be discriminatory, the words "based on" do not mean that the distinction must be designed with reference to those grounds. Rather, the relevant consideration is whether the distinction affects the individual or group in a manner related to their personal characteristics (*Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, at page 1279; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219). For example, in the *Brooks* decision, the Supreme Court ruled that a distinction based on pregnancy but not based directly on gender constitutes sex discrimination. Chief Justice Dickson reasoned that distinctions based on pregnancy are, "at least, strongly, 'sex related'." (*Brooks, supra*, at page 1244.) Further, in *Janzen*, the Supreme Court held that sexual harassment is a form of sex discrimination even though gender may not be the only characteristic considered by a harasser. Dickson C.J. explained at pages 1288-1289 that:

The fallacy . . . is the belief that sex discrimination only exists where gender is the sole ingredient in the discriminatory action and where, therefore, all members of the affected gender are mistreated identically. While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual's personal characteristics, discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual. If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value.

In addition, the Court recognized that, while theoretically both men and women may be subject to sexual harassment, "in the present sex stratified labour market, those with the power to harass sexually will

distinction apparemment neutre ne résistera pas à l'examen à la lumière du paragraphe 15(1) si elle a un effet disparate sur un groupe donné ou sur un individu appartenant à ce groupe. La discrimination systémique non intentionnelle ne sera pas plus tolérée au regard du paragraphe 15(1) de la Charte que la discrimination directe, intentionnelle.

Si une distinction doit être fondée sur des motifs tenant aux caractéristiques personnelles de l'individu ou du groupe pour être discriminatoire, les mots «fondée sur» ne signifient pas que la distinction doit avoir été conçue par référence à ces motifs. Au contraire, ce qu'il faut examiner, c'est si la manière dont cette distinction affecte l'individu ou le groupe a un rapport avec leurs caractéristiques personnelles (*Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, à la page 1279; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219). Par exemple, par l'arrêt *Brooks*, la Cour suprême a jugé qu'une distinction fondée sur la grossesse et non pas directement sur le sexe valait quand même discrimination sexuelle. Le juge en chef Dickson y conclut que les distinctions fondées sur la grossesse sont «du moins, "très apparentées au sexe"» (*Brooks, supra*, à la page 1244). En outre, dans *Janzen*, la Cour suprême conclut que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination sexuelle même si le sexe n'est peut-être pas la seule caractéristique prise en considération par celui qui s'y livre. Le juge en chef Dickson a donné cette explication aux pages 1288 et 1289:

L'erreur . . . réside dans la croyance qu'il y a discrimination sexuelle seulement lorsque le sexe est l'unique élément de l'acte discriminatoire et lorsque, par conséquent, toutes les personnes du sexe en cause sont également maltraitées. Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu'en raison de ses caractéristiques personnelles, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet. S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur.

En outre, la Cour reconnaît que si théoriquement, les hommes comme les femmes peuvent être victimes de harcèlement sexuel, «dans la hiérarchie du marché actuel du travail, ceux qui disposent du pouvoir de

predominantly be male and those facing the greatest risk of harassment will tend to be female". (*Janzen, supra*, at page 1284). Thus, where a distinction impacts on a group because of a characteristic related to the group, but affects only a portion of that group, it may be found to be discriminatory even where the exclusion is not entirely restricted to that group. Where a distinction specifically or disproportionately impacts on a group, it may be found to be discriminatory even though the distinction impacts on other groups. For example, it is no answer to a charge of sex discrimination to say that people of colour are also excluded by a distinction. What matters is only that women are excluded as women (or as women of colour). This may be true regardless of whether the exclusion is direct or indirect, particularly where it is a disadvantaged group that is excluded by the distinction.

In the case before this Court, the impugned distinction is drawn on the basis of whether partners in a relationship are of the same sex or "of the opposite sex". Strictly speaking, it is true that this is not a distinction based directly on sexual orientation, since being in a same sex relationship is not necessarily the defining characteristic of being gay or lesbian. Obviously, many lesbians and gay men may not be involved in relationships. Nevertheless, the distinction in this case is based on a characteristic or matter related to sexual orientation, since it is lesbians and gay men who may enter into same sex relationships. The words "of the opposite sex" used in the definition of spouse are specifically aimed at excluding lesbian and gay partners from eligibility for spouse's allowance benefits. Those words are not directed towards excluding same sex relationships such as brother-brother or sister-sister relationships since those relationships are excluded on the same basis that opposite sex relationships such as brother-sister relationships are excluded. The observations of the Trial Judge in this case at page 695, are revealing on this point:

I think it is fair to say that had Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse's allowance.

harceler les autres sexuellement sont en majorité les hommes, alors que les personnes les plus susceptibles d'être harcelées sont surtout les femmes» (*Janzen, supra*, à la page 1284). Ainsi donc, dans le cas où une distinction affecte un groupe à cause d'une caractéristique de ce dernier, mais ne concerne qu'une partie de ce groupe, cette distinction peut être jugée discriminatoire même si l'exclusion n'est pas entièrement limitée au groupe. Dans le cas où la distinction affecte un groupe spécifiquement ou de manière disproportionnée, elle peut être jugée discriminatoire même si elle porte aussi sur d'autres groupes. Par exemple, il ne suffit pas, pour réfuter une plainte de discrimination sexuelle, de dire que les gens de couleur sont aussi exclus par la distinction en cause. Ce qui importe, c'est que les femmes sont exclues en leur qualité de femmes (ou de femmes de couleur). Et il peut en être ainsi peu importe que l'exclusion soit directe ou indirecte, en particulier lorsque c'est un groupe défavorisé qui est exclu par la distinction.

En l'espèce, la distinction attaquée sépare couples du même sexe et couples «de sexe opposé». Il est vrai que, strictement parlant, ce n'est pas là une distinction fondée sur les tendances sexuelles, puisque l'appartenance à une union homosexuelle n'est pas nécessairement la caractéristique déterminante du gai ou de la lesbienne. Il est indéniable qu'un grand nombre de lesbiennes et de gais ne sont probablement pas liés par des relations de longue durée. N'empêche qu'en l'espèce, la distinction est fondée sur une caractéristique ou sur un aspect des tendances sexuelles, puisque ce sont les lesbiennes et les gais qui peuvent nouer des relations homosexuelles. Les mots «de sexe opposé» employés dans la définition de conjoint visent expressément à exclure les lesbiennes et les gais de l'admissibilité à l'allocation de conjoint. Ils ne visent pas à exclure les relations de même sexe comme les relations entre deux frères ou entre deux sœurs, puisque celles-ci sont exclues au même titre que les relations entre deux personnes de sexe opposé que forment un frère et une sœur par exemple. Les observations faites par le juge de première instance en page 695, sont révélatrices à cet égard:

Je pense qu'on peut présumer que, Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l'allocation de conjoint.

Accordingly, it is clear that the only factor excluding Nesbit from eligibility for spouse's allowance was his being in a gay relationship rather than in a heterosexual relationship. Like Nesbit, gay men and lesbians generally are excluded from eligibility for benefits under the spouse's allowance program as gay men and lesbians, rather than on any other basis. And since being in a gay or lesbian relationship is a matter related to one's sexual orientation, it is apparent that gay men and lesbians are, therefore, excluded from the program based on a matter in relation to sexual orientation.

The fact that other groups may also be excluded from benefits under the spouse's allowance program cannot change the fact that gay men and lesbians are excluded from that program on the basis of a characteristic related to sexual orientation. There are three important reasons why the exclusion of others under the program is irrelevant and is no answer to the finding that lesbian and gay partners are excluded on the basis of their sexual orientation. First, the exclusion of others under the program is irrelevant because the claim here is a case of direct discrimination in which sexual orientation is singled out as a factor excluding gay and lesbian partners from eligibility for spouse's allowance independent of the factors excluding partners in other types of relationships. In other words, the Act itself specifically brings sexual orientation into issue. Gay men and lesbians do not have to distinguish themselves from other non-spouses because the Act already does that.

Second, the exclusion of lesbian and gay relationships is qualitatively different from the exclusion of other types of relationships. Lesbians and gay men are a disadvantaged group. Under the "enumerated and analogous grounds" approach to subsection 15(1), it is incumbent upon the Court to understand a distinction involving a disadvantaged group in light of their historical, social, or political disadvantage. The disadvantage endured by lesbians and gay men is particularly relevant to their exclusion from spouse's allowance benefits since the disadvantage they have suffered throughout history and which they continue to suffer in our society currently is premised, in part, on the view that gay and lesbian relationships are not legitimate or worthy. To treat lesbian and gay rela-

En conséquence, il est clair que le seul facteur de l'inadmissibilité de Nesbit à l'allocation de conjoint était son appartenance à une union homosexuelle, non pas hétérosexuelle. Tout comme Nesbit, les gais et les lesbiennes pris dans leur ensemble sont exclus du programme de l'allocation de conjoint du fait qu'ils sont gais et lesbiennes, et non pour quelque autre raison. Et étant donné que l'appartenance à une union homosexuelle est affaire de tendances sexuelles, il est manifeste que ceux-ci sont, de ce fait, exclus du programme en raison de leurs tendances sexuelles.

Que d'autres groupes puissent être aussi exclus du programme de l'allocation de conjoint ne change rien au fait que gais et lesbiennes en sont exclus à cause de leurs tendances sexuelles. Il y a trois raisons importantes qui expliquent que l'exclusion d'autres groupes du programme n'a aucun rapport et ne peut être citée en réfutation de la conclusion que lesbiennes et gais sont exclus à cause de leurs tendances sexuelles. En premier lieu, l'exclusion d'autres groupes du programme n'a aucun rapport parce que nous sommes en présence d'une plainte de discrimination directe, qui relève spécifiquement les tendances sexuelles comme facteur de l'exclusion des gais et des lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint, indépendamment des facteurs qui excluent d'autres types de relations. En d'autres termes, la Loi elle-même met spécifiquement les tendances sexuelles en cause. Les gais et les lesbiennes n'ont pas à se démarquer des autres non-conjoints puisque c'est quelque chose que la Loi a déjà fait.

En deuxième lieu, l'exclusion des unions formées de gais ou de lesbiennes est différente du point de vue qualitatif de celle des autres types de relations. Les lesbiennes et les gais forment un groupe défavorisé. Si le paragraphe 15(1) doit être interprété à la lumière du critère des «motifs énumérés et analogues», il faut que la juridiction saisie comprenne la distinction affectant un groupe défavorisé à la lumière du désavantage de ce dernier sur le plan historique, social ou politique. Le désavantage dont souffrent lesbiennes et gais a un rapport particulièrement étroit avec leur exclusion du programme de l'allocation de conjoint puisque ce désavantage, dont ils ont souffert depuis toujours et continuent à souffrir dans notre société tient en partie à l'opinion que les

tionships simply like all other non-spousal relationships is to rely on and perpetuate the prejudiced view of the legitimacy and worth of those relationships. It would be paradoxical indeed if a decision under section 15 were itself to be based on prejudice and stereotyping.

Finally, whether or not other individuals or groups are excluded from benefits is irrelevant to this claim since what really matters is whether there is something about gay and lesbian relationships that justifies their exclusion. That others are also treated as non-spouses does not resolve whether gay and lesbian partners should be treated as spouses for the purposes of the spouse's allowance program. Referring to the exclusion of others under the definition of spouse results from a refusal to directly address the true reason for the exclusion of gay and lesbian partners. Another way of understanding this point is to recognize that the exclusion of gay and lesbian partners cannot be justified on the basis that they are defined by the Act as being non-spouses since the issue before the Court is whether defining and treating lesbian and gay partners as non-spouses is discriminatory where non-spouses are excluded from benefits. Accordingly, the Court must address the reason why gay and lesbian partners are not treated as spouses under the Act. That reason cannot be simply that others are also excluded by the definition of spouse. The exclusion of gay and lesbian partners cannot pass scrutiny unless there is a valid non-discriminatory reason for their exclusion. Thus, the claim that excluding gay and lesbian partners from eligibility for the spouse's allowance program is discriminatory cannot be answered by merely indicating that others are also excluded from eligibility. The exclusion of others is not, by itself, a reason for excluding lesbian and gay partners.

relations homosexuelles ne sont pas légitimes ou valables. Traiter les relations entre lesbiennes et entre gais au même titre que les autres relations entre non-conjoints revient à s'appuyer sur les préjugés concernant la légitimité et la valeur de ces relations, et à perpétuer ces préjugés. Ce serait vraiment paradoxal si une décision sous le régime de l'article 15 devait se fonder elle-même sur des préjugés et des stéréotypes.

b

Enfin, que des individus ou des groupes soient inadmissibles ou non aux allocations n'a aucun rapport avec le litige en instance, puisque la véritable question qui se pose en l'espèce, c'est de savoir si les relations entre gais et entre lesbiennes ont quelque chose de particulier qui justifie leur exclusion. Que d'autres soient traités à titre de non-conjoints ne résout pas la question de savoir si les membres d'unions de gais ou de lesbiennes devraient être traités comme conjoints pour ce qui est du régime de l'allocation de conjoint. Invoquer l'exclusion d'autres personnes par suite de la définition de conjoint signifie tout simplement qu'on refuse de s'attaquer directement à la véritable raison de l'exclusion des gais et des lesbiennes. Un autre moyen de saisir ce point consiste à reconnaître que l'exclusion des couples de gais ou de lesbiennes ne peut être justifiée par le fait que ces personnes ne sont pas des conjoints au regard de la Loi, puisque la question dont la Cour est saisie est de savoir si le fait de définir et de les traiter comme non-conjoints est discriminatoire dans les cas où les non-conjoints n'ont pas droit aux prestations. En conséquence, la Cour doit analyser la raison pour laquelle les membres d'unions de gais ou de lesbiennes ne sont pas considérés comme conjoints pour l'application de la Loi. Cette raison ne peut être tout simplement que d'autres sont aussi exclus de la définition de conjoint. L'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes ne résistera pas à l'examen à moins qu'elle ne soit justifiée par de valides raisons non discriminatoires. Ainsi, l'argument que l'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint est discriminatoire, ne peut être réfuté par la simple réponse que d'autres aussi en sont exclus. L'exclusion d'autres n'est pas en soi une raison pour exclure les membres d'unions de lesbiennes ou de gais.

In my view, it is no answer to a charge of discrimination to say that admitting one group to the benefits program would leave another unjustly excluded. To use the possibility that other persons may be discriminatorily excluded from benefits under the spouse's allowance program as a basis for denying the equality claim of gay men and lesbians would be, to quote the Supreme Court, "equality with a vengeance" (*Schachter, supra*, at page 702). The better solution is to address the claim before the Court, leaving other groups or individuals unjustly excluded under the spouse's allowance program to advance their own claims, if they wish, and to deal with them on their own merits in due course.

We are left, then, to determine whether the distinction, based on grounds relating to their personal characteristics, excluding gay and lesbian partners from eligibility for spouse's allowance benefits is discriminatory as that term was defined by Mr. Justice McIntyre in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*.

In considering the impact of a distinction based on grounds relating to personal characteristics, Mr. Justice McIntyre in *Andrews, supra*, at page 174, instructs us to examine whether the distinction has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages. McIntyre J. also advises that a distinction is discriminatory if it withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society (*ibid.*, at page 174). It is at this stage, when assessing the impact or effect of a distinction, that the complexity of the analysis surfaces. This assessment must consider the setting in which a distinction is drawn, as well as the circumstances of the group or individual affected by the distinction. A formal analysis of the kind associated with the similarly situated test will not be sufficient; rather a contextualized approach is required, one which weighs prejudice and stereotyping.

The Supreme Court of Canada has unequivocally repudiated the similarly situated test. That test, which continues to flourish in the United States, requires that persons who are similarly situated be similarly treated and that persons who are differently situated

À mon avis, on ne réfute pas une plainte de discrimination en disant que d'admettre un groupe au programme de l'allocation de conjoint reviendrait à en exclure injustement un autre. Invoquer la possibilité que d'autres puissent être exclus de façon discriminatoire du programme de l'allocation de conjoint pour rejeter la prétention des gais et des lesbiennes à l'égalité signifierait, pour reprendre les termes employés par la Cour suprême, «l'égalité à outrance» (*Schachter, supra*, à la page 702). La meilleure solution serait d'instruire le recours soumis à la Cour, et de laisser aux autres groupes ou individus injustement exclus du programme de l'allocation de conjoint le soin d'intenter leurs propres recours s'ils le souhaitent, puis de juger ces recours au fond, le moment venu.

Il nous reste donc à examiner si la distinction qui, par des motifs tenant à leurs caractéristiques personnelles, exclut les membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint est discriminatoire au sens où le juge McIntyre a défini ce terme dans *Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*.

Pour analyser l'effet d'une distinction motivée par des caractéristiques personnelles, le juge McIntyre prescrit à la page 174 de l'arrêt *Andrews, supra*, d'examiner si cette distinction a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages. Il fait aussi remarquer que la distinction est discriminatoire si elle empêche ou restreint l'accès aux possibilités, aux bénéfices ou aux avantages offerts à d'autres membres de la société (*ibid.*, à la page 174). C'est à ce stade, celui de l'examen de l'effet de la distinction, que la complexité de l'analyse se manifeste. Cet examen doit prendre en considération le contexte dans lequel la distinction est faite, ainsi que les circonstances propres au groupe ou à l'individu affecté par la distinction. Une analyse formelle semblable à celle qui se fonde sur le critère de la situation analogue ne suffira pas; ce qu'il faut faire au contraire, c'est une analyse en contexte qui tient compte des préjugés et des stéréotypes.

La Cour suprême du Canada a expressément rejeté le critère de la situation analogue. Ce critère, qui est toujours d'application étendue aux États-Unis, prescrit que les gens qui sont dans la même situation soient traités de la même façon et que les gens qui ne

be differently treated. However, the Supreme Court in this country has made it clear that, under section 15, a distinction cannot be assessed by means of a simple calculus which demands similar treatment for similarly situated individuals. To be sure, differential treatment is not necessarily discriminatory, while similar treatment may well be discriminatory. As Mr. Justice McIntyre explained in *Andrews, supra*, at page 164:

It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality.

Yet rejecting the similarly situated test does not entail the rejection of all comparative analysis under subsection 15(1). The Supreme Court's repudiation of the similarly situated test must be understood in light of Mr. Justice McIntyre's comments in *Andrews, supra*, at page 164, that equality, as that concept is used in subsection 15(1), 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." The Court rejected the similarly situated test because it was thought to provide too narrow a basis for assessing equality claims. The repudiation of that test should not, therefore, be used to restrict the breadth of the analysis under section 15 so as to impede claims raised by disadvantaged groups. Rather than repudiating comparison under section 15, the Supreme Court was rejecting a limited form of comparison that failed to address the broader social, historical and political circumstances of the group raising the claim independent of the legislation in question. Accordingly, comparison remains an acceptable feature of a subsection 15(1) analysis (e.g., *Andrews, supra*; *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen, supra*; *Swain, supra*; and, *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695). Indeed, a group raising a section 15 challenge to a benefit conferring scheme can legitimately compare itself to a group receiving benefits under the scheme in order to establish that the exclusion of the first group is discriminatory. That type of analysis is certainly appropriate; however, such comparison cannot take place solely within the four corners of the legislation. The development that has taken place is that the similarly situ-

sont pas dans la même situation soient traités différemment. Cependant, la Cour suprême de notre pays a jugé catégoriquement que dans le cadre de l'article 15, une distinction ne peut être jugée au moyen d'un simple calcul qui prescrit le même traitement pour les gens se trouvant dans la même situation. Certes, une différence de traitement n'est pas nécessairement discriminatoire, alors qu'un traitement analogue pourrait fort bien l'être. Ainsi que l'a expliqué le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, à la page 164:

Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

Le rejet du critère de la situation analogue ne signifie cependant pas le rejet de toute analyse comparative dans le cadre du paragraphe 15(1). Le rejet par la Cour suprême du critère de la situation analogue doit être compris à la lumière des observations faites par le juge McIntyre à la page 164 de l'arrêt *Andrews, supra*, savoir que le concept d'égalité, tel qu'il s'incarne dans le paragraphe 15(1), 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». La Cour suprême a rejeté le critère de la situation analogue par ce motif qu'il constitue une base trop étroite pour juger les griefs en matière d'égalité. Il ne faut donc pas invoquer le rejet de ce critère pour restreindre la portée de l'analyse au regard de l'article 15 de manière à faire obstacle aux recours exercés par les groupes défavorisés. La Cour suprême n'a pas rejeté à vrai dire toute comparaison dans le cadre de l'article 15, mais plutôt une forme limitée de comparaison qui ne prenait pas en considération la situation sociale, historique et politique du groupe qui exerce un recours indépendamment de la loi en cause. Il s'ensuit que la comparaison demeure un élément acceptable de l'analyse au regard du paragraphe 15(1) (par exemple *Andrews, supra*; *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen, supra*; *Swain, supra*; et *Rudolph Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695). En effet, un groupe qui se fonde sur l'article 15 pour contester un programme de prestations peut légitimement se comparer à un autre groupe qui reçoit des prestations du programme, afin d'établir que sa propre exclusion est discriminatoire. Ce type d'analyse est certainement approprié; cependant pareille com-

ated test, which operates exclusively within the confines of the impugned legislation, has been replaced by the “enumerated and analogous grounds” approach which requires us to examine the broader social, political and historical circumstances of the group raising the challenge. Frequently those circumstances will only be understood through comparison to the circumstances of other groups in our society.

Having rejected the similarly situated test, Mr. Justice McIntyre endorsed a fuller analysis under subsection 15(1) [at page 168]:

Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

Under this more complex, contextualized analysis, a distinction must be reviewed by taking into consideration the circumstances of the affected group or the individual member of the group. As Mr. Justice McIntyre explained in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at page 180:

The analysis of discrimination in this approach must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them.

In applying this “enumerated and analogous” grounds approach, it is important to recognize that an independently disadvantaged group may be more easily disadvantaged by a distinction than an advantaged group in our society (*R. v. Turpin, supra*, at page 1333, *per* Madam Justice Wilson). As a result, evidence that a group is independently disadvantaged is clearly important for determining whether a group is disadvantaged by a distinction and thereby discriminated against. In *R. v. Turpin, supra*, at page 1332, Madam Justice Wilson stated:

If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under challenge is likely, in my view, to result in the same

paraison ne se fait pas que dans les limites de la loi en cause. Ce qui s’est passé c’est que le critère de la situation analogue, qui s’applique à l’intérieur des limites de la loi attaquée, a été remplacé par l’approche des «motifs énumérés ou analogues» qui exige d’examiner la situation sociale, politique et historique du groupe qui conteste cette loi. Il se trouve que dans bien des cas, on ne se pénètre de cette situation qu’en la comparant avec celle d’autres groupes de la société.

Ayant rejeté le critère de la situation analogue, le juge McIntyre recommande une analyse plus complète dans le cadre du paragraphe 15(1) [à la page 168]:

Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu’elle vise, de même que sur ceux qu’elle exclut de son champ d’application. Les questions qui seront soulevées d’un cas à l’autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée.

Dans cette analyse plus complexe et en contexte, la distinction est disséquée compte tenu de la situation du groupe affecté ou de l’individu qui en fait partie. Ainsi que l’a expliqué le juge McIntyre dans *Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*, à la page 180:

Selon ce point de vue, l’analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues.

En appliquant ce critère des «motifs énumérés et analogues», il est important de noter qu’un groupe défavorisé indépendamment de la loi en cause est plus à même d’être désavantagé par une distinction qu’un groupe favorisé dans notre société (*R. c. Turpin, supra*, à la page 1333, motifs prononcés par Madame le juge Wilson). La preuve établissant qu’un groupe est défavorisé indépendamment de la loi en cause est donc indubitablement importante lorsqu’il s’agit de décider si un groupe est désavantagé par une distinction et fait ainsi l’objet d’une mesure discriminatoire. Dans *R. c. Turpin, supra*, à la page 1332, Madame le juge Wilson s’est prononcée en ces termes:

Si l’on ne tient pas compte du contexte général, l’analyse fondée sur l’art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s’il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l’examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu’on arrivera à la même

kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.

Upon considering the larger context, where there is an indication that a group is independently disadvantaged, the *indicia* of discrimination—prejudice and stereotyping—will be more readily discoverable and may have a more deleterious effect (*R. v. Turpin, supra*, at page 1333; *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at page 152, *per* Madam Justice Wilson). Moreover, while a disadvantaged group is not required to demonstrate that these *indicia* of discrimination are present, a finding of discrimination will be made more readily where stereotyping or prejudice is shown.

Turning to the case before us, I have already concluded that the definition of spouse in the *Old Age Security Act* draws a distinction that denies gay and lesbian partners the equal benefit of the law. The final consideration, then, is whether that distinction has a discriminatory impact or effect. Under the definition of discrimination offered by Mr. Justice McIntyre in *Andrews, supra*, this last consideration is virtually satisfied by definition once we have concluded that a distinction has been drawn on the basis of an analogous ground denying equal benefit of the law to a disadvantaged group or an individual member of the group. The definition of discrimination, set out by Mr. Justice McIntyre in *Andrews, supra*, at page 174, covers:

... a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group... which withholds or limits access to ... benefits ... available to other members of society.

Under the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act*, a distinction is drawn on the basis of sexual orientation with the effect that gay and lesbian partners are denied benefits in the form of spouse's allowance. Since this is primarily a claim for a section 52 remedy, there is no requirement that Nesbit prove that he was personally discriminated against. All of the requisite criteria for a finding of discrimination are, therefore, met.

sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.

^a Une fois le contexte général pris en considération, il sera plus facile, dans le cas où il semble qu'un groupe est défavorisé indépendamment de la loi en cause, de découvrir les signes de discrimination—préjugé et stéréotype—lesquels peuvent avoir un effet plus néfaste (*R. c. Turpin, supra*, à la page 1333; *Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*, à la page 152, motifs prononcés par Madame le juge Wilson). Par ailleurs, bien que le groupe défavorisé ne soit pas tenu de prouver que ces signes de discrimination sont présents, un verdict de discrimination sera plus facile à atteindre s'il y a la preuve de l'existence d'un stéréotype ou d'un préjugé.

^d En l'espèce, j'ai déjà conclu que la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* fait une distinction qui prive les membres d'unions de gais ou de lesbiennes du même bénéfice de la loi. La question ultime est donc de savoir si cette distinction a un effet discriminatoire. Par suite de la définition de discrimination donnée par le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, cet examen est, pratiquement et par définition, réalisé une fois que nous avons conclu qu'il y a distinction fondée sur un motif analogue et privant du même bénéfice de la loi un groupe défavorisé ou un individu appartenant à ce groupe. La discrimination, telle que la définit le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, à la page 174, s'entend de ce qui suit:

... une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet ... d'empêcher ou de restreindre l'accès aux ... bénéfices ... offerts à d'autres membres de la société.

La définition de conjoint à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* fait une distinction fondée sur les tendances sexuelles, qui a pour effet de priver les membres d'unions de gais ou de lesbiennes du bénéfice de la loi qu'est l'allocation de conjoint. Attendu qu'il s'agit en l'espèce d'un recours fondé au premier chef sur l'article 52, Nesbit n'est pas tenu de prouver qu'il a été personnellement victime d'une mesure discriminatoire. Toutes les conditions nécessaires d'un verdict de discrimination sont donc réunies.

The respondent in this case argued that the impugned distinction in the spouse's allowance program is not motivated by stereotypical assumptions but rather is based upon sound economic, administrative and institutional considerations. This type of argument has been unsuccessfully raised in a number of similar cases before the Supreme Court. In *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, the Court expressly rejected the Government's contention that its decision was based on economic, administrative, and institutional considerations and was not motivated by stereotypical assumptions. Mr. Justice La Forest declared, "[t]his is all irrelevant, since as *Andrews v. Law Society of British Columbia* made clear . . . not only does the *Charter* protect from direct or intentional discrimination; it also protects from adverse impact discrimination, which is what is in issue here" (*supra*, at page 41). For this same reason, it is irrelevant whether lesbian and gay partners are specifically excluded under the spouse's allowance program or whether Parliament has simply failed to include them in the program. Even if gay and lesbian partners were simply left out of the definition of spouse so that the program was merely underinclusive, the program would still be discriminatory. This point was made clear in *Brooks, supra*, at page 1240, where Chief Justice Dickson stated that "[u]nderinclusion may be simply a backhanded way of permitting discrimination." Thus, regardless of the form or intent of the exclusion of gay and lesbian partners from the spouse's allowance program, that exclusion is discriminatory.

The finding that the spouse's allowance program is discriminatory is confirmed by reference to the supporting considerations which the Supreme Court identified as relevant to a subsection 15(1) analysis. I have already concluded that gay men and lesbians are generally disadvantaged as a group through stereotyping and prejudice. Those *indicia* of discrimination can be discerned in the circumstances of this case. The exclusion of gay and lesbian partners from eligibility for spouse's allowance under the *Old Age Security Act* relies on a stereotyped view of lesbian

L'intimée tient en l'espèce que la distinction en cause dans le programme de l'allocation de conjoint n'est pas motivée par des présomptions stéréotypées, mais par de saines considérations économiques, administratives et institutionnelles. Ce type d'argument a été rejeté dans certaines causes semblables devant la Cour suprême. Dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, la Cour a expressément rejeté l'argument du gouvernement selon lequel sa décision était motivée par des considérations économiques, administratives et institutionnelles, et non pas par des présomptions stéréotypées. Le juge La Forest a fait observer à cette occasion que «[r]ien de tout cela n'est pertinent, car il ressort clairement [. . .] de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* que non seulement la *Charte* confère une protection contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais encore elle confère une protection contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, ce dont il est question en l'espèce» (*supra*, à la page 41). Pour cette même raison, il importe peu de savoir si les membres d'unions de gais ou de lesbiennes ont été expressément exclus du programme de l'allocation de conjoint ou si le législateur a tout bonnement omis de les y inclure. Quand bien même ils auraient été seulement omis de la définition de conjoint, de façon que le programme ne soit que d'application sélective, celui-ci serait toujours discriminatoire. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Brooks, supra*, à la page 1240, où le juge en chef Dickson a fait observer que «[l]a couverture sélective constitue peut-être simplement un moyen détourné de permettre la discrimination». Ainsi donc, peu importe la forme ou l'esprit de l'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint, cette exclusion est discriminatoire.

La conclusion que le programme de l'allocation de conjoint est discriminatoire est confirmée par référence aux considérations que la Cour suprême a jugées pertinentes pour l'analyse sous le régime du paragraphe 15(1). J'ai déjà conclu que les gais et les lesbiennes constituent un groupe généralement défavorisé par suite des préjugés et des stéréotypes. On peut relever ces signes de discrimination dans les faits de la cause. L'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint établi par la *Loi sur la sécurité de la*

and gay relationships. The Act, consequently, treats gay and lesbian relationships as less worthy than heterosexual ones. It fails to recognize that long-term affection and mutual support may characterize these relationships, much like heterosexual relationships. The definition of spouse in section 2 of the Act is premised on a negative, stereotyped view of lesbian and gay relationships, which is implicitly contrasted to an idealized view of the heterosexual family. Gay and lesbian relationships share certain attributes of heterosexual ones, but they may also be different, in some respects, from idealized heterosexual families. Nevertheless, they are deserving of respect and dignity. In reality, there are as many diverse gay and lesbian relationships as there are heterosexual relationships. There can be no single, immutable, correct norm for all human relationships.

As Madam Justice L'Heureux-Dubé (dissenting) explained in another context in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 634:

It is not anti-family to support protection for non-traditional families. The traditional family is not the only family form, and non-traditional family forms may equally advance true family values.

In order to support stable family relationships, it is not necessary to oppose all non-traditional variations of those relationships. Quite the contrary, loving, continuous and worthy family relationships may be established in a variety of forms, all of which are deserving of respect and support.

This view fits well with the jurisprudence under subsection 15(1) of the Charter. In rejecting the similarly situated test, the Supreme Court has rejected the idea that groups must be the same as or substantially similar to an advantaged group in order to claim equal entitlement to benefits. It follows that, like heterosexual partners, gay and lesbian partners should be equally entitled to spouse's allowance regardless of whether their relationship corresponds to an idealized heterosexual relationship. Indeed, the altered definition of spouse in the *Old Age Security Act* was specifically designed to include common law spouses, who had been unfairly excluded before, in an effort to accommodate a new type of heterosexual

vieillesse est fondée sur une vue stéréotypée des relations homosexuelles. La Loi traite ainsi les unions homosexuelles comme moins méritoires que les relations hétérosexuelles. Elle omet de prendre en considération l'affection et le soutien mutuel, de longue durée, qui caractérisent ces unions au même titre que les unions hétérosexuelles. La définition de conjoint à son article 2 est fondée sur une vue négative, stéréotypée des relations entre gais et entre lesbiennes, lesquelles relations sont implicitement contrastées avec une vue idéalisée de l'union hétérosexuelle. L'union homosexuelle partage certains attributs de l'union hétérosexuelle, mais elle peut être aussi différente à certains égards de l'union hétérosexuelle idéalisée. N'empêche qu'elle est digne de respect. Dans les faits, les unions homosexuelles sont aussi variées que les unions hétérosexuelles. Il ne peut y avoir une seule norme correcte et immuable pour toutes les relations humaines.

Ainsi que l'a expliqué Madame le juge L'Heureux-Dubé (par motifs dissidents) dans un autre contexte, lors de la cause *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 634:

Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles. La famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, et les types de familles non traditionnelles peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

Il n'est pas nécessaire, pour défendre la stabilité de la famille, de s'opposer à toutes ses variations non traditionnelles. Au contraire, des liens familiaux affectueux, continus et valables peuvent être établis sous une variété de formes, lesquelles sont toutes dignes de respect et de soutien.

Cette vue s'accorde parfaitement avec la jurisprudence touchant le paragraphe 15(1) de la Charte. En rejetant le critère de la situation analogue, la Cour suprême a rejeté l'idée que des groupes doivent être identiques ou réellement semblables à un groupe favorisé pour prétendre à la même admissibilité aux avantages. Il s'ensuit qu'au même titre que les partenaires hétérosexuels, gais et lesbiennes devraient être admissibles à l'allocation de conjoint, que leurs relations correspondent ou non à l'union hétérosexuelle idéalisée. En effet, la définition modifiée de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* visait expressément à inclure les conjoints de fait, qui avaient été injustement exclus auparavant, afin de

relationship, that did not correspond to the idealized family at that time. I should emphasize, though, that the fact that gay and lesbian partners are not required to show that their relationship corresponds to an idealized heterosexual relationship does not preclude them from establishing that lesbian and gay relationships share certain attributes with heterosexual relationships in order to show that they come within the purpose of the spouse's allowance program. Moreover, as I indicated earlier, the Supreme Court's rejection of the similarly situated test does not foreclose this type of analysis so long as it is not undertaken in isolation of the broader circumstances of the group in question.

Lesbians and gay men are independently disadvantaged in that they have historically suffered legal, political and social prejudice and stereotyping. As a result, the denial of benefits such as spouse's allowance may be particularly damaging to lesbians and gay men because this perpetuates those stereotypes and prejudices. This is especially significant in this case since the refusal of spouse's allowance reflects negatively on the worth of lesbian and gay relationships, contributing to the stereotype that those relationships are without merit. As a result, the fact that similar benefits may be available to gay and lesbian partners under a different scheme—a provincial rather than a federal scheme—in this case—cannot remedy the discriminatory impact of denying benefits to gay and lesbian partners on the same footing as heterosexual partners. If at all relevant, the impact of other legislative benefit schemes should only be considered under the section 1 analysis, not under the section 15 equality guarantee. The Supreme Court has made it clear that any limitations on the promise of equality in subsection 15(1) must be addressed under section 1 (*Turpin, supra*, at page 1328). Restricting a group's eligibility for equal benefits (merely on the basis of a personal characteristic related to a ground of discrimination) so that those benefits are available only under a separate or different scheme places a limitation of separateness or difference on the promise of equality. Such a compromise is reminiscent of the now-discredited "separate but equal doctrine", developed by the United States Supreme Court in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), which supported discrimination against Afri-

prendre en compte un nouveau type d'union hétérosexuelle qui ne correspondait pas à la famille idéalisée de l'époque. Il y a lieu de souligner toutefois que s'il n'est pas nécessaire pour les gais et les lesbiennes de démontrer que leur union correspond à une union hétérosexuelle idéalisée, cela ne les empêche pas de prouver que l'union de gais ou de lesbiennes partage certains attributs de l'union hétérosexuelle, cela afin de démontrer qu'ils tombent dans le champ d'application du programme de l'allocation de conjoint. D'ailleurs, comme je l'ai indiqué *supra*, le rejet par la Cour suprême du critère de la situation analogue n'interdit pas ce type d'analyse tant qu'elle ne s'effectue pas abstraction faite de la situation générale du groupe en question.

Lesbiennes et gais sont défavorisés indépendamment de la loi en cause parce qu'ils ont été de tout temps victimes de préjugés et de stéréotypes juridiques, politiques et sociaux. Il s'ensuit que le refus d'accorder des prestations comme l'allocation de conjoint peut leur être particulièrement préjudiciable car il perpétue ces stéréotypes et préjugés. Cela est d'autant plus important en l'espèce que le refus d'accorder l'allocation de conjoint donne une fausse idée de la valeur des unions de gais ou de lesbiennes, ce qui contribue au stéréotype de leur manque de valeur. En conséquence, le fait que des prestations semblables puissent être à leur disposition sous un autre régime—un régime provincial et non pas fédéral comme en l'occurrence—ne peut remédier à l'effet discriminatoire du refus de leur accorder les prestations sur le même pied que les partenaires hétérosexuels. À supposer qu'il soit pertinent, l'effet des autres régimes légaux de prestations ne doit être pris en considération qu'au regard de l'article premier, et non au regard des droits à l'égalité que garantit l'article 15. La Cour suprême a prescrit que toute restriction de la promesse d'égalité contenue au paragraphe 15(1) doit être examinée à la lumière de l'article premier (*Turpin, supra*, à la page 1328). Restreindre l'admissibilité d'un groupe aux mêmes prestations (sur la base uniquement d'une caractéristique personnelle correspondant à un motif de discrimination) de manière que ces prestations ne soient disponibles que sous un régime séparé ou différent, revient à séparer ou à différencier ceux qui ont droit à cette promesse d'égalité. Pareil compromis rappelle la «doctrine de la communauté égale mais séparée» qui est mainte-

can-Americans and other people of colour. That doctrine was widely condemned and was officially rejected in the landmark case of *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). In this country, the separate but equal doctrine was rejected ^a by the Supreme Court in *Andrews, supra*, at page 166, as a loathsome artifact of the similarly situated approach. One cannot avoid the conclusion that offering benefits to gay and lesbian partners under a different scheme from heterosexual partners is a version ^b of the separate but equal doctrine. That appalling doctrine must not be resuscitated in Canada forty decades after its much-heralded death in the United States. ^c

The Trial Judge recognized the irrelevance of an alternative benefit program to the issue of discrimination under subsection 15(1). It was acknowledged that, in the exceptional circumstances of this case, ^e Nesbit may actually have received more under the British Columbia G.A.I.N. program as a single individual than he would have under the spouse's allowance program (*Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158, as amended). Nesbit, ^f though, only received greater benefits under the *Guaranteed Available Income for Need Act* because of a disability which prevented him from working. The Trial Judge, at page 698 *supra*, effectively responded to these facts as follows: ^g

Either the plaintiffs are entitled to claim the spouse's allowance or they are not. The fact that the plaintiffs have claimed under a provincial social assistance plan and have received payments in excess of those which they would have received under the federal spouse's allowance had they been treated as spouses under that latter program is not relevant to the question of their entitlement. The question is not whether the plaintiffs are getting equal or higher benefits by claiming as single individuals or as spouses but whether they have been deprived of benefits under the federal program for spouse's allowances to which they may have been legally entitled. ^j

nant discréditée et qui a été élaborée par la Cour suprême des États-Unis dans *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), à l'appui de la discrimination contre les Afro-américains et autres non-blancs. Cette doctrine a été largement condamnée et officiellement rejetée par la jurisprudence *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Au Canada, la doctrine de l'égalité séparée a été rejetée par la Cour suprême qui, dans *Andrews, supra*, à la page 166, y voyait un artefact détestable de l'approche de la situation analogue. On ne peut échapper à la conclusion que l'octroi des prestations aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes sous un régime différent de celui réservé aux partenaires hétérosexuels représente une version de la doctrine de l'égalité séparée. Il ne faut pas ressusciter cette doctrine épouvantable au Canada quarante ans après sa mort fort remarquée aux États-Unis.

Le juge de première instance prend note que l'existence d'un programme de prestations de substitution n'a aucun rapport avec la question de la discrimination au regard du paragraphe 15(1). Il constate que dans les circonstances exceptionnelles de l'affaire en instance, il se peut que Nesbit, en qualité de célibataire, ait effectivement reçu davantage du programme du revenu garanti pour les nécessiteux G.A.I.N. de la Colombie-Britannique qu'il n'aurait reçu du programme de l'allocation de conjoint (*Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158, telle que modifiée). Il se trouve cependant que si Nesbit a reçu des prestations plus substantielles sous le régime de la loi dite *Guaranteed Available Income for Need Act*, c'était à cause d'une invalidité qui l'empêchait de travailler. Le juge de première instance, à la page 698 *supra*, a effectivement noté cette circonstance comme suit: ^h

Ou les demandeurs sont fondés à réclamer l'allocation de conjoint ou ils ne le sont pas. Que les demandeurs se soient prévalus du régime provincial d'assistance sociale et qu'ils aient reçu des prestations supérieures à celles qu'ils auraient touchées au titre de l'allocation de conjoint s'ils avaient été considérés comme «conjoints» au regard de ce régime, n'a rien à voir avec la question de leur droit en la matière. Il échet non pas d'examiner si les demandeurs reçoivent les mêmes prestations ou des prestations supérieures en qualité de célibataires ou en qualité de conjoints, mais d'examiner s'ils ont été privés de l'allocation de conjoint du régime fédéral, à laquelle ils avaient peut-être légalement droit.

The discriminatory impact of denying benefits to an individual or group based on their personal characteristics cannot be measured in dollars and cents. Discrimination is as much a psychological or emotional harm as it is a material injustice. In *Andrews, supra*,^a at page 171, Mr. Justice McIntyre explained:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration.^b

Thus, the fact that Nesbit received benefits under a different plan cannot cure the discriminatory impact of a denial of benefits under the spouse's allowance program based on a personal characteristic related to an enumerated or analogous ground of discrimination. It is no defence to the unconstitutional denial of benefits to say that other potential benefits may be available to those discriminated against under a different scheme.

In addition to the psychological or emotional harm of such a differentiation, there may be another non-economic disadvantage to receiving benefits under the provincial program rather than under the federal spouse's allowance program. Provincial benefits are not viewed in the same light as payments under the *Old Age Security Act* (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, Hearings on Bill C-62 An Act to amend the Old Age Security Act, to repeal the Old Age Assistance Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1974-75-76, c. 58, June 12, 1975, at pages 25:11, 25:18, 25:21 and 25:28). In contrast to spouse's allowance, receiving "relief payments" under a provincial scheme may be demeaning for some. Whether or not this is the case, it is obvious that the federal Government recognized a need to institute a spouse's allowance program, notwithstanding the existence of provincial social benefits schemes.

Although the purpose of an Act may be found to be discriminatory, that is not the case here. On the

L'effet discriminatoire du refus d'accorder des prestations à un individu ou un groupe en raison de ses caractéristiques personnelles ne saurait se mesurer en termes monétaires. La discrimination est tout autant une atteinte psychologique ou affective qu'elle est une injustice matérielle. Dans *Andrews, supra*, à la page 171, le juge McIntyre s'est prononcé en ces termes:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération.^b

Ainsi, le fait que Nesbit ait reçu des prestations d'un autre régime ne peut remédier à l'effet discriminatoire de la privation de l'allocation de conjoint par suite d'une caractéristique correspondant à un motif énuméré de discrimination ou à un motif analogue.^d On ne peut défendre la privation inconstitutionnelle de prestations en disant qu'il y a un autre régime de prestations accessible à ceux qui font l'objet de ce traitement discriminatoire.^e

En sus du préjudice psychologique ou affectif causé par cette différence de traitement, il y a peut-être un autre désavantage non économique pour celui qui reçoit les prestations d'un programme provincial au lieu de l'allocation de conjoint du régime fédéral. Les prestations provinciales ne sont pas traitées sur le même pied que les allocations prévues par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Santé, du bien-être social et des affaires sociales, Audiences sur le Projet de loi C-62 Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse, abrogeant la Loi sur l'assistance-vieillesse et modifiant, en conséquence, certaines autres lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 58, 12 juin 1975, aux pages 25:11, 25:18, 25:21 et 25:28). À la différence de l'allocation de conjoint, les «secours» d'un programme provincial peuvent paraître avilissants aux yeux de certains. Qu'il en soit ainsi ou non, il est manifeste que le gouvernement fédéral s'est aperçu de la nécessité d'instituer un programme d'allocation de conjoint, nonobstant l'existence de programmes provinciaux d'assistance sociale.^g

Bien que l'objet d'une loi puisse être jugé discriminatoire, tel n'est pas le cas en l'espèce. Il ressort

arguments before me, it is evident that partners in gay and lesbian relationships may face situations that fit within the overall purpose of the spouse's allowance program. The objective of that program was described by the Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde as follows (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, Hearings on Bill C-62, June 12, 1975, at page 25:7*):

Its objective is clear and singular in purpose. It is to ensure that when a couple is in a situation where one of the spouses has been forced to retire, and that couple has to live on the pension of a single person, that there should be a special provision, when the breadwinner has been forced to retire at or after 65, to make sure that particular couple will be able to rely upon an income which would be equivalent to both members of the couple being retired or 60 years of age and over. That is the purpose of this Bill, no more than that, no less than that.

The particular circumstances of Nesbit and his partner Egan are evidence that gay men and lesbians may find themselves in precisely the circumstances that the spouse's allowance program was fashioned to address. Undoubtedly other gay and lesbian partners find themselves in similar circumstances. To engage in a further analysis of the purpose of the spouse's allowance program at this stage of the analysis would be to pre-empt section 1 of the Charter. However, for clarity, I should point out that the spouse's allowance program was not one designed to benefit women exclusively, although they may be the main beneficiaries. It is not an affirmative action program, so that others cannot be excluded from benefits on that basis.

Thus, I must conclude that, by excluding lesbian and gay partners from the ambit of the spouse's allowance program, while obviously considering it necessary to have such a program for heterosexual partners, Parliament has acted in violation of subsection 15(1) of the Charter. In my view, the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act*, therefore, discriminates against gay men and lesbians, contrary to subsection 15(1) of the Charter. It remains to be seen, however, whether that violation may be justified under section 1 of the Charter.

des arguments proposés devant la Cour que les membres d'unions de gais ou de lesbiennes peuvent se retrouver dans des situations qui correspondent à l'objectif général du programme de l'allocation de conjoint. L'objectif de ce programme a été exposé par l'honorable Marc Lalonde, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, comme suit (*Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la Santé, du bien-être social et des affaires sociales, Audiences sur le Projet de loi C-62, 12 juin 1975, à la page 25:7):

Son objectif est simple et clair, il permet d'assurer à un couple dont l'un des conjoints est forcé de prendre sa retraite et qui doivent vivre de la pension d'une seule personne, et lorsque le soutien de famille doit prendre sa retraite à l'âge de 65 ans ou peu après, de pouvoir retirer un revenu qui sera l'équivalent de ce que retireraient les deux conjoints si elles étaient à la retraite ou âgées de 60 ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill.

Le cas particulier de Nesbit et de son partenaire Egan apporte la preuve que des gais et des lesbiennes peuvent se retrouver précisément dans la situation que le programme de l'allocation de conjoint a été conçu pour redresser. Nul doute que d'autres gais et lesbiennes se trouvent dans la même situation. De procéder, à ce stade de l'analyse, à un examen plus poussé du programme de l'allocation de conjoint reviendrait à le substituer à l'examen sous le régime de l'article premier de la Charte. Pour plus de clarté cependant, je dois souligner que le programme de l'allocation de conjoint n'était pas conçu pour profiter exclusivement aux femmes, bien qu'elles en soient peut-être les principales bénéficiaires. Il ne s'agit pas d'un programme de promotion sociale; les autres ne peuvent en être exclus sur cette base.

Force m'est donc de conclure qu'en excluant les membres des unions de gais et de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint, tout en jugeant ce dernier nécessaire pour des partenaires hétérosexuels, le législateur est allé à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. En conséquence, la définition de conjoint à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est discriminatoire à l'égard des gais et des lesbiennes, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte. Il reste cependant à examiner si cette violation est justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

4. SECTION 1 OF THE CHARTER GENERALLY

The basic framework for handling section 1 of the Charter enunciated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 remains in place, but it has been clarified by subsequent decisions. As described in *Oakes*, *supra*, the civil standard of proof—proof by a preponderance of probability—governs the entire section 1 analysis. But, while the civil standard of proof admits of some flexibility, it is clear that the degree of probability must be commensurate with the circumstances.

In order to demonstrate that a limit on a Charter right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, the party seeking to uphold the limitation must satisfy two requirements. First, 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” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at page 352). At a minimum, an objective must be “pressing and substantial in a free and democratic society” to qualify as sufficiently important (*R. v. Oakes*, *supra*, at pages 138-139).

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* (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; and, *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139). The issue of when the modified version of the minimal impairment branch of the proportionality test is applicable and when, or if, the conventional *Oakes* version should be relied upon may not yet be settled (see *McKinney v. University of Guelph*,

4. L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

Le cadre de l'analyse par rapport à l'article premier de la Charte, énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, demeure en place, mais il a été clarifié par des décisions subséquentes. Selon l'arrêt *Oakes*, *supra*, la norme civile de la preuve—preuve par prépondérance des probabilités—régit l'ensemble de l'analyse au regard de l'article premier. Mais si la norme civile de la preuve tolère une certaine souplesse, il est clair que le degré de probabilité doit être fonction des circonstances.

Afin de démontrer que la restriction d'un droit garanti par la Charte est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique, la partie qui cherche à justifier cette restriction doit satisfaire au préalable à deux conditions. En premier lieu, elle doit démontrer que l'objectif visé par la restriction est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 352). À tout le moins, il faut que l'objectif «se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour être considéré comme suffisamment important (*R. c. Oakes*, *supra*, à la page 139).

Si cette condition est remplie, la seconde condition est l'application d'un critère de proportionnalité à trois volets. En premier lieu, la mesure portant restriction du droit garanti par la Charte doit avoir un lien rationnel avec l'objectif visé. En d'autres termes, elle doit être soigneusement conçue pour atteindre l'objectif sans être arbitraire, inique, ou fondée sur des considérations irrationnelles. En deuxième lieu, la mesure de restriction doit porter atteinte le moins possible au droit garanti par la Charte. Cette condition a été modifiée par des décisions postérieures à l'arrêt *Oakes*, *supra* (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; et *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139). Il se peut que la question de savoir dans quel cas la version modifiée du volet de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité est applicable, et quand ou si la version conventionnelle *Oakes* est pré-

supra, at pages 398-405; *R. v. Chaulk*, *supra*, at pages 1388-1393, *per* Madam Justice Wilson; and *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 260, *per* Madam Justice McLachlin). Under the modified 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” (*Chaulk*, *supra*, at page 1341, *per* Lamer C.J.). Third, the effects of the measures must be proportional to the significance of the objective which is to be achieved. An objective that is no more than 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.

(a) Applying Section 1 of the Charter

The appellants in this action concede that the objective of the spouse’s allowance program under the *Old Age Security Act* is pressing and substantial so as to satisfy the first requirement under the *Oakes* test. At least for the purposes of this appeal, I am prepared to accept the appellants’ concession on this point. In general terms, the objective of the spouse’s allowance program is to ensure that when one partner in a couple retires, that couple will continue to receive income equivalent to the amount that would be earned if both members of the couple were retired. On its face, that objective is sufficiently pressing and substantial to justify the limitation of subsection 15(1) of the Charter. As Chief Justice Lamer remarked, “It will be a rare occasion when a benefit conferring scheme is found to have an unconstitutional purpose” (*Schachter*, *supra*, at page 721). As this does not appear to be one of those rare occasions, the first part of the section 1 test is satisfied.

Proceeding to the proportionality branch of the test, counsel for the parties agree that the means

féritable, ne soit pas encore réglée. (Voir *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, aux pages 398 à 405; *R. c. Chaulk*, *supra*, aux pages 1388 à 1393, motifs prononcés par Madame le juge Wilson; et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 260, motifs prononcés par Madame le juge McLachlin.) Sous l’angle de l’approche modifiée, la condition de l’atteinte minimale dépend de la question de savoir si le législateur aurait pu «raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d’atteindre de façon aussi efficace l’objectif identifié» (*Chaulk*, *supra*, à la page 1341, motifs prononcés par le juge en chef Lamer). En troisième lieu, les effets de la mesure en cause doivent être proportionnés à l’importance de l’objectif visé. Un objectif qui est juste urgent et réel ne doit pas l’emporter sur un droit garanti par la Charte, si l’effet du moyen employé pour atteindre cet objectif compromet gravement les droits de l’individu ou du groupe. Une disposition portant restriction d’un droit garanti par la Charte et qui ne satisfasse pas à chacun de ces critères ne saura être maintenue à la lumière de l’article premier.

e) Application de l’article premier de la Charte

Les appelants concèdent en l’espèce que l’objectif du programme de l’allocation de conjoint institué par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est urgent et réel au point de satisfaire à la première condition du critère défini par l’arrêt *Oakes*. Dans le cadre tout au moins de cet appel, je veux bien accepter la concession des appelants sur ce point. En termes généraux, le programme de l’allocation de conjoint vise à faire en sorte que quand l’un des deux membres du couple prend sa retraite, ce couple continue à recevoir un revenu équivalent à celui qu’auraient gagné les deux s’ils avaient pris leur retraite tous les deux. Selon toute apparence, cet objectif est suffisamment urgent et réel pour justifier une restriction des droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte. Comme l’a fait observer le juge en chef Lamer, «[o]n considérera rarement que l’objectif d’un régime de bénéficiaires est inconstitutionnel» (*Schachter*, *supra*, à la page 721). Comme il ne s’agit pas en l’espèce de l’une de ces rares occasions, la première condition de la justification par l’article premier est remplie.

En ce qui concerne le volet proportionnalité du critère, les avocats de part et d’autre conviennent que le

employed under the spouse's allowance program are rationally connected to achieving the objective of that program. No useful purpose would be served by going behind that agreement. In any event, the spouse's allowance program fails to pass muster under the last two elements of the proportionality test.

As a result of the definition of spouse in the *Old Age Security Act*, the spouse's allowance program does not impair the right guaranteed in subsection 15(1) as little as possible. Even applying the modified minimum impairment test, it is clear that Parliament could "reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively." In this case, the alternative method is readily apparent. Parliament could have achieved the objective of the spouse's allowance program equally as effectively without violating subsection 15(1) on the basis of sexual orientation by including lesbian and gay partners in the program. I should point out that any impact on the effectiveness of the spouse's allowance program of the increased costs resulting from extending benefits to gay and lesbian partners is not relevant at any stage under a section 1 inquiry (see *Schachter, supra*, at page 709). Therefore, setting aside all budgetary considerations at this stage, providing benefits to lesbian and gay partners under this program would not in any way undermine the effectiveness of the program or compromise the realization of the program's objective. Extending benefits to gay and lesbian partners in addition to heterosexual partners is a suitable alternative means for achieving the same objective just as effectively.

In their submissions, counsel for the respondent argued that the spouse's allowance program impairs the rights of gay men and lesbians as little as possible because other programs are intended to address their financial needs. The respondent claimed that the spouse's allowance program is part of an interconnected social benefits network of both provincial and federal programs. This same argument was earlier rejected as an answer to the charge of discrimination

moyen employé dans le programme de l'allocation de conjoint a un lien rationnel avec l'objectif de ce programme. Il ne servirait à rien de disséquer les raisons de cet accord. Quoi qu'il en soit, le programme de l'allocation de conjoint ne résiste pas à l'examen fondé sur les deux derniers éléments du critère de proportionnalité.

Par suite de la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, le programme de l'allocation de conjoint ne porte pas atteinte le moins possible au droit garanti par le paragraphe 15(1). Même si on applique la version modifiée du critère de l'atteinte minimale, il est clair que le législateur aurait pu «raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié». En l'espèce, l'autre moyen est éminemment manifeste. Le législateur aurait pu atteindre l'objectif du programme de l'allocation de conjoint de façon tout aussi efficace sans avoir à enfreindre le paragraphe 15(1) au chapitre des tendances sexuelles, en y incluant les lesbiennes et les gais. Il y a lieu de noter que l'effet causé par l'accroissement des coûts par suite de son extension aux membres d'unions de gais et de lesbiennes, sur l'efficacité du programme de l'allocation de conjoint, n'est pas un facteur à quelque stade que ce soit de l'analyse à la lumière de l'article premier. (Voir *Schachter, supra*, à la page 709.) Il s'ensuit, toutes considérations budgétaires écartées à ce stade de l'examen, que l'octroi de l'allocation aux membres d'unions de lesbiennes et de gais dans le cadre de ce programme ne compromettrait d'aucune façon ni l'efficacité du programme ni la poursuite de son objectif. L'extension de l'allocation aux membres de couples de gais ou de lesbiennes, en sus des membres d'unions hétérosexuelles, est un autre moyen approprié pour atteindre le même objectif de façon tout aussi efficace.

Dans leur argumentation, les avocats de l'intimée soutiennent que le programme de l'allocation de conjoint porte atteinte le moins possible aux droits des gais et des lesbiennes parce qu'il y a d'autres programmes destinés à pourvoir à leurs besoins financiers. Et que ce programme est intégré dans un réseau, fédéral et provincial, d'avantages sociaux. Ce même argument a été rejeté, *supra*, à titre de réfutation de la plainte de discrimination, mais peut être

but may be properly considered here as a justification for the limitation of the subsection 15(1) right. However, upon careful scrutiny, it becomes apparent that the benefits available to people in Nesbit's circumstances under the provincial scheme are not substantially similar to benefits paid under the spouse's allowance program. The objectives of other social benefits legislation are not co-extensive with the objectives of the spouse's allowance program. Indeed, if it were true that other programs accomplished precisely the same objectives as the spouse's allowance program, the latter program would be entirely redundant and therefore unnecessary. That is not the case. In so far as section 19 of the *Old Age Security Act* responds to the particular circumstances of elderly partners in a dependent relationship, that section is distinct from other social benefits legislation. The provincial program under which Nesbit received benefits provides income for people in need (*Guaranteed Available Income for Need Act, supra*). The G.A.I.N. program is not integrated with the spouse's allowance program and does not provide equivalent benefits as compared with individuals between the ages of 60 and 65 under the spouse's allowance program. It cannot be said that the *Guaranteed Available Income for Need Act* or any other legislation "attempts to fill the gap" created by the denial of spouse's allowance benefits to lesbian and gay partners (*Tétreault-Gadoury, supra*).

I am not persuaded that the *Guaranteed Available Income for Need Act* was developed with the limitations of the spouse's allowance program in mind nor even that repairing those limitations was one of the objectives of that Act. As a result, the claim that the needs of gay and lesbian partners were meant to be looked after by provision for subsistence benefits under provincial programs is not convincing. That is not a reasonable alternative to extending eligibility to lesbian and gay partners under the spouse's allowance program. There is no compelling reason for adopting a discriminatory method of distributing benefits when, as here, a suitable alternative means for achieving the objective of the program is readily available. In order for a discriminatory method of distribution to be reasonable, it must be necessary to use that method rather than a non-discriminatory

examiné à ce stade comme justification de la restriction du droit garanti par le paragraphe 15(1). Cependant, il ressort d'un examen attentif que les prestations accordées par le programme provincial aux personnes se trouvant dans la même situation que Nesbit ne sont pas très semblables aux prestations du programme de l'allocation de conjoint. L'objectif poursuivi par les autres lois en matière de prestations sociales ne se confond pas avec celui du programme de l'allocation de conjoint. En effet, s'il était vrai que les autres programmes réalisaient précisément les mêmes objectifs que le programme de l'allocation de conjoint, celui-ci serait parfaitement redondant, donc inutile. Il n'en est rien. Dans la mesure où l'article 19 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* vise la situation particulière des membres âgés d'une union caractérisée par des relations de dépendance, il est distinct des autres lois en matière de prestations sociales. Le programme provincial, sous le régime duquel Nesbit recevait des prestations, assurait un revenu aux nécessiteux (*Guaranteed Available Income for Need Act, supra*). Le programme G.A.I.N. n'est pas intégré au programme de l'allocation de conjoint et ne prévoit pas des prestations équivalentes à celles que reçoivent les personnes âgées entre 60 et 65 ans sous le régime de ce dernier. On ne peut pas dire que la loi *Guaranteed Available Income for Need Act* ou n'importe quelle autre loi «vise à combler le vide» laissé par le refus d'octroyer l'allocation de conjoint aux membres d'unions de lesbiennes ou de gais (*Tétreault-Gadoury, supra*).

Je ne pense pas que la loi *Guaranteed Available Income for Need Act* ait été conçue compte tenu des restrictions du programme de l'allocation de conjoint, ni même qu'elle ait pour but entre autres de pallier ces restrictions. En conséquence, l'argument que les secours provenant de programmes provinciaux pourvoient aux besoins des membres d'unions de gais ou de lesbiennes n'est pas convaincant. Il ne s'agit pas là d'un autre moyen raisonnable pouvant se substituer à l'extension du programme de l'allocation de conjoint aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes. Il n'y a aucune raison impérieuse qui justifie l'adoption d'une méthode discriminatoire d'octroi des prestations alors qu'un autre moyen d'atteindre l'objectif du programme est déjà disponible, comme c'est le cas en l'espèce. Une méthode de distribution discriminatoire ne peut être considérée comme raisonnable

method. This point was made by Madam Justice McLachlin who explained, "It follows from the fact that the right in question is constitutionally guaranteed as fundamental in our society that it should be entrenched on no more than is clearly necessary and justified" (*Committee for the Commonwealth of Canada, supra*, at page 246).

In this case, the discriminatory method of distribution is not necessary since extending eligibility for spouse's allowance to gay and lesbian partners is a reasonable alternative. In light of the existence of a suitable alternative means for achieving the same objective equally effectively, the Charter violation occasioned by section 2 of the *Old Age Security Act* cannot be said to be reasonable. Accordingly, the minimal impairment condition of the proportionality test is not satisfied, even if we apply the modified approach to minimal impairment. The violation of subsection 15(1) brought about by section 2 of the *Old Age Security Act* is not, therefore, permitted under section 1 of the Charter.

Having said that the impugned provision fails the minimal impairment condition of the proportionality requirement under section 1, there is no need to continue to the final stage of the analysis. Nevertheless, were that analysis required, I would conclude that the effect of the measure on the guaranteed Charter right is not proportional to the objective of the program. The effect of section 2 of the *Old Age Security Act* is to deny equal benefit of the law to gay and lesbian partners by denying them spouse's allowance benefits completely. This is not an instance in which a Charter right is marginally affected. The violation in this case is clear and direct. And, as important as providing these benefits to heterosexual partners may be, the denial of those benefits to gay and lesbian partners can be no less significant. Thus, the effects of the measure on the right to receive benefits are not proportional to the objective of the legislation. The impugned provision cannot, therefore, be saved under section 1 of the Charter.

que s'il est nécessaire de l'employer de préférence à une méthode non discriminatoire. C'est ce qu'a souligné Madame le juge McLachlin qui a donné cette explication: «Puisque le droit en cause est garanti par la Constitution comme un droit fondamental dans notre société, on ne devrait pouvoir y déroger que dans la mesure où cela est nettement nécessaire et justifié» (*Comité pour la République du Canada, supra*, à la page 246).

En l'espèce, la méthode de distribution discriminatoire n'est pas nécessaire, puisque l'extension du programme de l'allocation de conjoint aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes est un autre moyen raisonnable. Étant donné qu'il existe un autre moyen approprié pour atteindre le même objectif de façon tout aussi efficace, on ne peut pas dire que la violation de la Charte du fait de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* soit raisonnable. En conséquence, la condition de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité n'est pas remplie, même si nous en appliquons la version modifiée. Il s'ensuit que la violation du paragraphe 15(1) du fait de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

Ayant conclu que la disposition attaquée ne satisfait pas à la condition de l'atteinte minimale de l'impératif de proportionnalité découlant de l'article premier, il est inutile que je poursuive jusqu'au dernier stade de l'analyse. Néanmoins, à supposer que cette analyse soit nécessaire, je conclurais que l'effet de la mesure attaquée sur le droit garanti par la Charte n'est pas proportionné à l'objectif du programme. L'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* a pour effet de dénier le même bénéfice de la loi aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes en leur refusant complètement l'allocation de conjoint. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un droit garanti par la Charte n'est que marginalement affecté. La violation est claire et directe en l'espèce. Et, aussi important que soit l'octroi de l'allocation aux membres d'unions hétérosexuelles, le refus d'accorder la même allocation aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes n'en est pas moins important. Ainsi donc, les effets de la mesure attaquée sur le droit de recevoir des prestations ne sont pas proportionnés à l'objectif de la loi. Il s'ensuit que la disposition attaquée

n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

5. WHAT REMEDY IS APPROPRIATE IN THIS CASE?

Having found a contravention of subsection 15(1) of the Charter which is not saved by section 1, I must now determine what remedial options would be appropriate in this case. The range of available options is limited by the fact that the appellants are relying primarily on subsection 52(1) of the Constitution. Subsection 52(1) reads as follows:

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

There are two issues which must be addressed under this subsection: (1) what is the "extent of the inconsistency"?; and (2) what is of "no force or effect"? Resolving the first issue involves determining the extent to which the impugned provision is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter. Answering the second issue requires us to consider whether that inconsistency may be resolved through reading down (which the Supreme Court describes in *Schachter* as being the same thing as severing or striking out part of a provision), reading in, or a combination of reading down and reading in, or whether the provision must be struck down in its entirety. There is also the possibility, in appropriate cases, of temporarily suspending whichever of these remedial options is selected. However, as Chief Justice Lamer makes clear, the issue of whether to temporarily suspend a remedial declaration "is an entirely separate question from whether reading in or [reading down (i.e., severance or striking out) or striking down] is the appropriate route under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*" (*Schachter, supra*, at page 716).

In defining the extent to which the impugned provision is inconsistent with the Constitution, we may take some guidance from our section 1 analysis (*Schachter, supra*). A word of caution may be wise in this regard since it must be recognized that the Court's analysis under section 1 is determined in part by the evidence that is brought before the Court and by the arguments submitted by the parties. However,

5. QUELLE EST LA RÉPARATION APPROPRIÉE?

Ayant conclu à la violation du paragraphe 15(1) de la Charte, laquelle violation n'est pas justifiable au regard de l'article premier, je dois maintenant décider quelle réparation est indiquée en l'espèce. La gamme des options est limitée par le fait que les appelants se fondent principalement sur le paragraphe 52(1) de la Constitution, qui porte:

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

Deux questions doivent être résolues qui découlent de ce paragraphe: (1) quel est le degré d'incompatibilité qui déclenche son application? et (2) qu'est-ce qui est inopérant? Pour répondre à la première question, il faut examiner dans quelle mesure la disposition attaquée est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte. Pour répondre à la seconde, il nous faut examiner si cette incompatibilité peut être résolue par l'interprétation atténuée (laquelle, selon l'arrêt *Schachter* de la Cour suprême, est la même chose que la dissociation ou la suppression d'une disposition du texte), par l'interprétation large, ou par une combinaison des deux, ou s'il faut invalider la disposition dans sa totalité. Il y a aussi la possibilité, le cas échéant, de surseoir à la mesure de redressement choisie. Cependant, le juge en chef Lamer a jugé que la question de la suspension de l'effet d'une mesure de réparation «diffère totalement de celle de savoir si l'interprétation large [ou l'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression)] ou l'annulation . . . est la solution appropriée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*» (*Schachter, supra*, à la page 716).

Pour examiner le degré d'incompatibilité de la disposition attaquée avec la Constitution, nous pouvons nous guider dans une certaine mesure sur notre analyse au regard de l'article premier (*Schachter, supra*). Un avertissement s'impose à ce propos: l'analyse qu'effectue la Cour au regard de l'article premier est déterminée en partie par les preuves et témoignages produits et par les arguments proposés par les parties.

in this case the extent of the inconsistency with the Charter is obvious. The issue before us on this appeal does not focus on a problem fundamental to the spouse's allowance program; rather, we are concerned exclusively with the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act*. That definition fails the minimal impairment stage as well as the final proportionality component of the *Oakes* test. The definition in section 2 is inconsistent with the Charter to the extent that it excludes gay and lesbian partners from eligibility for spouse's allowance benefits. That exclusion specifically results from the wording of the definition of spouse in the Act. In particular, the requirements that partners be "of the opposite" sex and that couples "represent themselves as husband and wife" inevitably exclude lesbian and gay partners from eligibility. Those two requirements written into the definition of spouse create the inconsistency with the Charter.

Having defined the extent of the inconsistency, we are now faced with the question of whether the entire program should be struck down or whether we should employ the techniques of reading down (i.e., severance or striking out) or reading in (as described in *Schachter*) or both of these techniques. In circumstances where a benefit conferring scheme is involved, the preferred course of action is to read down or read in an inconsistent provision rather than striking down the program. This is pertinent to the case before us which plainly involves a benefit conferring scheme. In this case, the right under subsection 15(1) which has been violated is a positive right: the right to equal benefit of the law. Referring to just such a situation, Chief Justice Lamer (*Schachter*, *supra*, at page 721) observed:

Positive rights by their very nature tend to carry with them special considerations in the remedial context. It will be a rare occasion when a benefit conferring scheme is found to have an unconstitutional purpose. Cases involving positive rights are more likely to fall into the remedial classifications of reading down/reading in or striking down and suspending the operation of the declaration of invalidity than to mandate an immediate striking down.

En l'espèce cependant, l'incompatibilité avec la Charte est évidente. La question que nous avons à résoudre dans le cadre de cet appel n'est pas centrée sur un problème fondamental pour le programme de l'allocation de conjoint; ce qui nous préoccupe exclusivement en l'espèce, c'est la définition de conjoint à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Cette définition ne résiste à l'examen ni au stade de l'analyse de l'atteinte minimale ni au stade final de l'analyse de la proportionnalité selon le critère défini par l'arrêt *Oakes*. Elle est incompatible avec la Charte du fait qu'elle prive de l'allocation de conjoint les membres d'unions de gais ou de lesbiennes. Cette exclusion tient expressément au libellé de la définition de conjoint dans la Loi. En particulier, la condition que les partenaires soient de «sexes opposés» et que les membres du couple «se présentent comme mari et femme» signifie que les membres d'unions de lesbiennes ou de gais sont irrémédiablement exclus. Cette double condition incluse dans la définition de conjoint est la cause de l'incompatibilité avec la Charte.

Ayant défini le degré d'incompatibilité, il échet maintenant d'examiner s'il faut invalider le programme tout entier ou s'il faut recourir à la technique de l'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression) ou à celle de l'interprétation large (telle qu'elle est expliquée dans l'arrêt *Schachter*), ou à une combinaison des deux. Dans les affaires concernant un régime de prestations, il est préférable de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large de la disposition incompatible, plutôt que d'invalider le programme tout entier. C'est précisément le cas en l'espèce, qui porte sur un régime de prestations. Dans l'affaire en instance, le droit que garantit le paragraphe 15(1) et qui a été violé est un droit positif, c'est celui au même bénéficiaire de la loi. C'est à propos d'un cas de ce genre que le juge en chef Lamer a fait l'observation suivante (*Schachter*, *supra*, à la page 721):

De par leur nature, les droits positifs sont habituellement assortis de considérations spéciales dans le contexte des mesures correctives. On considérera rarement que l'objectif d'un régime de bénéfices est inconstitutionnel. La violation de droits positifs donnera plus probablement lieu aux mesures correctives de l'interprétation atténuée ou large, ou de l'annulation et de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité plutôt qu'à une annulation immédiate du texte législatif.

The Chief Justice also stated at page 716, however, that:

A delayed declaration is a serious matter from the point of view of the enforcement of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation. There may be good pragmatic reasons to allow this in particular cases. However, reading in is much preferable where it is appropriate, since it immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*.

Thus, it follows from these two passages that, where appropriate, reading down (i.e., severance or striking out) or reading in are the preferred remedial options when a benefit conferring scheme is underinclusive.

The Supreme Court has suggested a number of touchstones for determining whether reading in or reading down (i.e., severance or striking out) are, indeed, appropriate. The factors which the Court identified as relevant to this consideration include: remedial precision; interference with the legislative objective; the effect on the significance of the remaining portion; and the significance of the remaining portion.

The first factor, remedial precision, refers to whether the question of how the statute should be extended in order to comply with the Constitution can be answered with a sufficient degree of precision. In this case, the appropriate method for extending spouse's allowance benefits is relatively straightforward. The two references to heterosexual relationships in the definition of spouse—"of the opposite sex" and "as husband and wife"—must be read down (i.e., severed or struck out) or in some way modified through reading in so as to bring gay and lesbian partners within that definition.

But while it is clear that the words "of the opposite sex" must be read down (i.e., severed or struck out), it might be argued that the words "as husband and wife" do not necessarily exclude gay and lesbian partners. The definition of spouse does not require a couple to be husband and wife; they are merely required to represent themselves as husband and wife

Cependant, le juge en chef a tiré aussi cette conclusion à la page 716:

Une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*. Il peut exister de bonnes raisons pragmatiques d'autoriser cet état de choses dans des cas particuliers. Toutefois, l'interprétation large est de beaucoup préférable dans les cas appropriés puisqu'elle permet d'harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte*.

Il découle de ces deux passages que, quand les conditions s'y prêtent, l'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression) ou l'interprétation large constituent les remèdes à préférer dans les cas où le régime de bénéfices est d'application sélective.

La Cour suprême a prescrit un certain nombre de repères qui nous permettent de décider quand il y a lieu à interprétation large ou à interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression). Les facteurs relevés par la Cour suprême à ce propos sont les suivants: précision corrective; interférence avec l'objectif de la loi; effet sur le sens des dispositions restantes; et importance des dispositions restantes.

Le premier facteur, la précision corrective, s'entend de la question de savoir si un degré suffisant de précision permettrait d'étendre l'application de la loi en cause afin qu'elle soit conforme à la Constitution. En l'espèce, la méthode appropriée pour étendre le bénéfice de l'allocation de conjoint est relativement simple. Les deux références aux relations hétérosexuelles dans la définition de conjoint—«du sexe opposé» et «comme mari et femme»—doivent faire l'objet d'une interprétation atténuée (c'est-à-dire qu'elles doivent être dissociées ou supprimées du texte) ou être modifiées d'une façon ou d'une autre par une interprétation large afin d'y inclure les membres d'unions de gais et de lesbiennes.

Mais s'il est manifeste que les mots «de sexe opposé» doivent faire l'objet d'une interprétation atténuée (c'est-à-dire être dissociés ou supprimés du texte), on pourrait soutenir que les mots «comme mari et femme» n'excluent pas nécessairement les membres d'unions de gais ou de lesbiennes. La définition de conjoint ne prévoit pas que les deux

(*Knodel, supra*, at page 745). Nevertheless, it may be offensive and demeaning for a lesbian or gay couple to be compelled to represent their relationship in that way and to represent themselves in those roles. In our society, the terms husband and wife are gendered concepts which may not accurately describe roles within gay and lesbian relationships. Accordingly, requiring lesbian and gay partners to represent themselves as husband and wife in order to be eligible for spouse's allowance benefits imposes an unfair burden upon them not faced by heterosexual partners. If this burden were imposed as a condition for eligibility, gay and lesbian partners would not be treated equally and might still be discriminatorily excluded from receiving spouse's allowance benefits. It goes without saying that a remedy for a subsection 15(1) violation should not have inegalitarian implications. Thus, rather than requiring gay and lesbian couples to represent themselves as husband and wife, they should instead be allowed to establish that they are in an analogous relationship to husbands and wives.

Having found that we can say with a relatively high degree of precision what remedial action is required to bring the spouse's allowance program in line with the Charter, we can move on to consider the implications of ordering such a remedy. In considering the remedies of reading in and reading down (i.e., severance or striking out), a court should be mindful of the degree to which a particular remedy intrudes into the legislative sphere. A subsection 52(1) remedy should avoid trenching unduly upon the legislative objective of a program or the means chosen by the legislature to achieve that objective. The objective of the spouse's allowance program is to ensure that, when one partner in a couple retires, the couple will continue to receive income equivalent to the amount that would be earned if both members of the couple were retired. Extending spouse's allowance benefits to lesbian and gay partners does not compromise the objective of the program and may be seen as furthering that objective by making the coverage of the program more thorough. In addition, including gay and lesbian partners within the ambit of the program does not alter the basic means selected for

membres du couple doivent être mari et femme; ils doivent simplement se présenter comme mari et femme (*Knodel, supra*, à la page 745). N'empêche qu'il peut être insultant ou dégradant pour un couple de lesbiennes ou de gais d'être obligé de présenter leurs relations sous cet éclairage ou de se présenter dans ces rôles. Dans notre société, les termes mari et femme sont des concepts sexués qui ne représentent peut-être pas fidèlement les rôles dans les unions de gais ou de lesbiennes. En conséquence, obliger les membres d'unions de lesbiennes ou de gais à se présenter comme mari et femme afin d'avoir droit à l'allocation de conjoint revient à leur imposer un fardeau dont sont épargnés les couples hétérosexuels. Si ce fardeau était imposé comme condition d'admissibilité, les membres d'unions de gais ou de lesbiennes ne seraient pas traités sur un pied d'égalité et seraient toujours exclus de façon discriminatoire du programme de l'allocation de conjoint. Il va sans dire qu'une réparation fondée sur le paragraphe 15(1) ne devrait pas avoir des implications inégalitaires. Ainsi donc, au lieu d'obliger les couples de gais et de lesbiennes à se présenter comme mari et femme, il faudrait leur permettre de prouver que leur union est analogue à l'union conjugale.

Ayant conclu que nous pouvons dire avec un degré relativement élevé de précision quelle mesure corrective est nécessaire pour rendre le programme de l'allocation de conjoint conforme à la Charte, nous pouvons maintenant examiner les répercussions de pareille mesure quand nous l'aurons ordonnée. En décidant s'il y a lieu de donner une interprétation large ou une interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression du texte), la juridiction saisie doit se demander dans quelle mesure une réparation donnée peut empiéter sur le domaine législatif. La réparation accordée en application du paragraphe 52(1) ne doit pas empiéter indûment sur l'objectif législatif d'un programme ou sur le moyen choisi par le législateur pour atteindre cet objectif. L'objectif du programme de l'allocation de conjoint est de faire en sorte que, à la retraite d'un membre du couple, celui-ci continue à avoir un revenu équivalent à la somme qu'il aurait reçue si tous les deux étaient à la retraite. Étendre l'application du programme de l'allocation de conjoint aux membres d'unions de lesbiennes ou de gais n'en compromet pas l'objectif, et on peut même soutenir que pareille mesure contribue à cet

achieving the program's objective. However, this does not end our inquiry into the degree to which reading in/reading down may intrude into the legislative sphere. In *Schachter*, Chief Justice Lamer, at pages 709-710 explained:

Even where extension by way of reading in can be used to further the legislative objective through the very means the legislature has chosen, to do so may, in some cases, involve an intrusion into budgetary decisions which cannot be supported.

Any remedy granted by a court will have some budgetary repercussions whether it be a saving of money or an expenditure of money. . . . In determining whether reading in is appropriate then, the question is not whether courts can make decisions that impact on budgetary policy; it is to what degree they can appropriately do so. A remedy which entails an intrusion into this sphere so substantial as to change the nature of the legislative scheme in question is clearly inappropriate.

As proposed, extending the spouse's allowance program to include lesbian and gay partners requires a combination of reading in and reading down (i.e., severance or striking out). In this case, since the combination of these remedies results in the extension of monetary benefits, it is proper to point out that the extension of those benefits cannot be said to be so substantial as to change the nature of the legislative scheme. The evidence submitted to the Court regarding the cost of extending benefits to eligible gay and lesbian partners was equivocal at best. Information about the number of interdependent gay and lesbian relationships and the financial circumstances of those relationships is lacking. There is, however, enough information to allow us to conclude that extending benefits to eligible lesbian and gay partners would not involve a significant intrusion into Parliament's budgetary decision-making. As compared to the current budgetary outlay for the spouse's allowance program, the cost of bringing gay men and lesbians into the program would not, to use the language of Chief Justice Lamer in *Schachter*, *supra*, be "so substantial as to change the nature of the legislative scheme."

objectif en rendant l'application du programme plus complète. D'ailleurs, leur inclusion dans le programme ne change pas le moyen fondamental choisi pour atteindre l'objectif de ce dernier. Cette conclusion ne met cependant pas fin à notre examen de la question de savoir dans quelle mesure l'interprétation large ou atténuée peut empiéter sur le domaine législatif. Dans *Schachter*, à la page 709, le juge en chef Lamer a donné l'explication suivante:

Même si l'élargissement de la portée d'une loi par interprétation large peut servir à atteindre l'objectif législatif par le moyen même choisi par le législateur, il risque, dans certains cas, de constituer un empiètement indéfendable sur des décisions financières.

Toute réparation accordée par un tribunal entraînera des répercussions financières, que ce soit une économie ou une dépense. . . . Lorsqu'on détermine s'il faut donner une interprétation large à un texte législatif, la question n'est donc pas de savoir si les tribunaux peuvent prendre des décisions qui entraînent des répercussions de nature financière, mais bien jusqu'à quel point il est de circonstance de le faire. De toute évidence, il ne conviendrait pas d'accorder une réparation qui entraîne un empiètement tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif en question.

Comme indiqué plus haut, l'extension du programme de l'allocation de conjoint aux membres d'unions de lesbiennes ou de gais nécessite une combinaison d'interprétation large et d'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression). Comme la combinaison de ces deux mesures de réparation résulte en l'espèce en l'extension de prestations monétaires, il convient de souligner qu'on ne peut pas dire que celle-ci est si importante qu'elle change la nature du régime établi par la Loi. Les preuves et témoignages produits au sujet du coût de l'extension des prestations aux membres d'unions de gais et de lesbiennes étaient, au mieux, équivoques. On manque d'information sur le nombre des unions interdépendantes de gais et de lesbiennes, ainsi que sur leur situation financière. Il y a cependant suffisamment d'informations pour nous permettre de conclure qu'étendre le bénéfice de l'allocation aux membres d'unions de lesbiennes ou de gais ne signifierait pas un empiètement notable sur le pouvoir de décision financière du Parlement. Par comparaison avec les fonds prévus à l'heure actuelle pour le programme de l'allocation de conjoint, le coût de l'inclusion des gais et des lesbiennes ne serait pas, pour reprendre les termes employés par le juge en chef Lamer dans

This leads us directly to our next consideration, the effect of the proposed remedy on the remaining portion of the legislation. Is the significance of the remaining portion changed so markedly, without the inconsistent portion, that the assumption that the legislature would have enacted it is unsafe? In explaining the proper approach to answering this question, Chief Justice Lamer in *Schachter, supra*, at page 711, remarked:

In cases where the issue is whether to extend benefits to a group not included in the statute, the question of the change in significance of the remaining portion sometimes focuses on the relative size of the two relevant groups. For instance, in *Knodel, supra*, Rowles J. extended the provision of benefits to spouses to include same-sex spouses. She considered this course to be far less intrusive to the intention of the legislature than striking down benefits to heterosexual spouses since the group to be added was much smaller than the group already benefited.

The same analysis applies in this case as was used by Madam Justice Rowles in *Knodel*. As in *Knodel*, this case involves extending benefits to a group—eligible gay and lesbian partners—which is much smaller than the group receiving benefits—eligible heterosexual partners. This supports the assumption that Parliament would likely have enacted the spouse's allowance program without the language excluding lesbians and gay men (*Schachter, supra*, at page 712).

The final consideration is the significance or long standing nature of the remaining portion of the Act. As was outlined by Chief Justice Lamer in *Schachter, supra*, at page 713:

It is sensible to consider the significance of the remaining portion when asking whether the assumption that the legislature would have enacted the remaining portion is a safe one. If the remaining portion is very significant, or of a long standing nature, it strengthens the assumption that it would have been enacted with the impermissible portion.

The legislation involved in this case can properly be described as being of a long standing nature. The *Old Age Security Act* has its origins in the *The Government Annuities Act, 1908, S.C. 1908, c. 5*. The *Old*

Schachter, supra, «tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif».

Ce qui nous amène à la question suivante, celle de savoir quel est l'effet de la réparation envisagée sur les dispositions restantes de la Loi. Il échet d'examiner si, une fois la partie incompatible supprimée, le sens des dispositions restantes est tellement changé qu'on ne peut plus présumer que le législateur les aurait quand même adoptées. En expliquant l'approche à adopter pour répondre à cette question, le juge en chef Lamer a fait cette observation dans *Schachter, supra*, à la page 711:

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents. Par exemple, dans l'arrêt *Knodel, précité*, le juge Rowles a élargi la prestation de bénéfices aux conjoints pour inclure les conjoints du même sexe. À son avis, cette mesure empiétait moins sur l'intention législative que l'annulation des bénéfices accordés aux conjoints hétérosexuels puisque le groupe à ajouter était beaucoup moins important que le groupe existant de bénéficiaires.

Le raisonnement tenu par Madame le juge Rowles dans *Knodel* s'applique dans l'affaire en instance, qui porte aussi sur l'extension des prestations à un groupe—les membres admissibles d'unions de gais et de lesbiennes—qui est bien moins nombreux que le groupe des bénéficiaires actuels de ces prestations, c'est-à-dire des partenaires hétérosexuels admissibles. Cette conclusion permet de supposer que le législateur aurait quand même institué le régime de l'allocation de conjoint même en l'absence du libellé qui en exclut les lesbiennes et les gais (*Schachter, supra*, à la page 712).

La dernière question qu'il échet d'examiner porte sur l'importance ou la longue existence de la partie restante de la Loi. Le principe a été défini par le juge en chef Lamer dans *Schachter, supra*, à la page 713:

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable.

On peut dire à juste titre que la Loi en cause existe depuis longtemps. La *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, qui a son origine dans la *Loi des rentes viagères servies par l'État, 1908, S.C. 1908, ch. 5*, a

Age Security Act officially came into existence in 1951 [S.C. 1951, c. 18] when it replaced the *Old Age Pensions Act*, R.S.C. 1927, c. 156. The particular program in question, the spouse's allowance program, was introduced in 1975 [S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 5]. For eighteen years, this program has played an integral role in providing benefits to dependent heterosexual partners. Both the *Old Age Security Act* generally, and the spouse's allowance program in particular, are a significant and durable aspect of Canadian society. The long history and obvious importance of the legislation in question lends credence to the assumption that Parliament would have enacted the spouse's allowance program in any event, if there had been no language excluding gay and lesbian partners.

Indeed, all of the factors considered support the assumption of legislative approval for both reading in and reading down (i.e., severance or striking out) rather than striking down in this case. In my view, the appropriate remedy to bring section 2 into compliance with subsection 15(1), therefore, would be to order the words "of the opposite sex" read down (i.e., severed or struck out) of the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act* and to read into the phrase "if the two persons publicly represent themselves as husband and wife" the words "or as in an analogous relationship". Hence, to avoid violating subsection 15(1), the definition of spouse in section 2 of the Act should read:

2. . . .

"spouse", in relation to any person, includes a person who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife or as in an analogous relationship;

Under this definition, I am of the view that lesbian and gay partners would be eligible to apply for spouse's allowance benefits. Whether they receive those benefits should, of course, depend upon whether they meet the age, income and other requirements, but in no way should it depend upon their sexual orientation.

officiellement vu le jour en 1951 [S.C. 1951, ch. 18], année où elle remplaça la *Loi des pensions de vieillesse*, S.R.C. 1927, ch. 156. Le programme en cause, celui de l'allocation de conjoint, a été institué en 1975 [S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 5]. Pendant 18 ans, il a joué un rôle clé dans l'octroi de prestations aux partenaires hétérosexuels. La *Loi sur la sécurité de la vieillesse* en général et le programme de l'allocation de conjoint en particulier représentent un trait important et durable de la société canadienne. La longue histoire et l'importance manifeste de la Loi en cause viennent renforcer la présomption que le législateur aurait adopté le programme de l'allocation de conjoint même sans le libellé portant exclusion des membres d'unions de gais et de lesbiennes.

En fait, tous les facteurs que nous avons examinés viennent renforcer la présomption que le législateur approuverait et l'interprétation large et l'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression) plutôt que l'invalidation de la Loi en cause. À mon avis, la mesure de réparation qu'il convient d'adopter pour rendre l'article 2 conforme au paragraphe 15(1) consisterait donc à ordonner que la définition de conjoint à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* se lise comme si les mots «de sexe opposé» étaient supprimés et les mots «ou comme unies par des liens semblables», ajoutés après le membre de phrase «pourvu que les deux se soient publiquement présenté[s] comme mari et femme». En conséquence, pour ne pas enfreindre le paragraphe 15(1), la définition de conjoint à l'article 2 de la Loi devrait s'entendre comme suit:

2. . . .

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentées comme mari et femme, ou comme unies par des liens semblables.

Je pense qu'avec cette définition, les membres d'unions de lesbiennes et de gais seraient admissibles à demander l'allocation de conjoint. Qu'ils la reçoivent ou non dépend bien entendu de leur âge, de leur revenu et d'autres conditions, mais non pas de leurs tendances sexuelles.

I would, therefore, have allowed this appeal with costs both here and at trial. The words “of the opposite sex” should be read out and the words “or as in an analogous relationship” should be read in. I would also have issued a declaration to the effect that gay men and lesbians cannot be denied old age security spouse’s allowance benefits so long as they meet the usual eligibility requirements.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A.: This appeal stems from the refusal of the respondent to pay the appellant, John Nesbit, a spouse’s allowance under the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 (hereinafter the “Act”). The refusal was based on the fact that the person Mr. Nesbit identified as his spouse is not a person of the opposite sex as required by the Act. That other person is the appellant James Egan. The question we must address is whether the exclusion of homosexual or same-sex couples from the definition of “spouse” contained in the Act is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter the “Charter”). If the response is positive, then it is incumbent to determine whether the impugned legislation can be demonstrably justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter. The relevant facts and legislation are relatively straightforward.

BACKGROUND

In September of 1986, the appellant Egan reached 65 years of age and became entitled to receive old age security and guaranteed income supplement benefits. The Act also provides for a spouse’s allowance to be paid to the spouse of a pensioner where the former is between 60 and 65 years of age and their combined income falls below a fixed amount. Following an exchange of correspondence with the Department of National Health and Welfare, the appellant Nesbit (the only litigant that would be entitled to receive payments) applied for a spouse’s allowance. In that application, he described the appellant Egan as his spouse. It was rejected solely on the basis that the

Par ces motifs, je me prononce pour l’accueil de l’appel avec dépens devant notre Cour et en première instance. La définition en cause doit s’entendre comme si les mots «de sexe opposé» étaient supprimés et les mots «ou comme unies par des liens semblables», ajoutés. Je me prononce pour un jugement déclarant qu’on ne saurait refuser aux gais et aux lesbiennes le bénéfice de l’allocation de conjoint s’ils remplissent les autres conditions d’admissibilité.

* * *

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Cet appel a son origine dans le refus de l’intimée de verser à l’appelant John Nesbit l’allocation de conjoint prévue à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9 (appelée ci-après la «Loi»). Ce refus s’explique par le fait que la personne dont M. Nesbit disait qu’elle était son conjoint n’est pas une personne de sexe opposé comme le prévoit la Loi. Cette autre personne est l’appelant James Egan. Il échet d’examiner si l’exclusion des couples homosexuels ou de personnes du même sexe de la définition de «conjoint» contenue dans la Loi est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (appelée ci-après la «Charte»). Si la réponse à cette question est affirmative, il faudra examiner si la restriction imposée par la Loi contestée est raisonnable et justifiable au regard de l’article premier de la Charte. Les faits de la cause et la Loi en jeu sont relativement simples.

LES FAITS DE LA CAUSE

En septembre 1986, l’appelant Egan atteint l’âge de 65 ans et a droit de ce fait à la pension de sécurité de la vieillesse et au supplément de revenu garanti. La Loi prévoit aussi le versement d’une allocation au conjoint du pensionné, si ce conjoint est âgé entre 60 et 65 ans et que le revenu total des deux est inférieur à une certaine somme. À la suite d’une correspondance avec le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, l’appelant Nesbit (le seul des deux qui eût pu y prétendre) fait une demande d’allocation de conjoint. Dans cette demande, il indique que l’appelant Egan est son conjoint. La demande est rejetée par ce seul motif que les relations entre M. Nesbit et

relationship of Mr. Nesbit with Mr. Egan did not meet the definition of "spouse" prescribed by section 2 of the Act:

2. ...

"spouse", in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife;

The appellants have resided together, in an intimate relationship, since 1948. The Trial Judge found that they share bank accounts, credit cards and property ownership and, by their wills, had appointed each other as their respective executors and beneficiaries. To their families and friends, they refer to themselves as partners and at one point publicly exchanged rings. A brief comment on this aspect of the evidence is warranted.

The purpose of the kind of evidence adduced by the appellants is to establish that same-sex relationships can be similar to opposite-sex ones, both in their diversity and interaction.¹² The appellants' relationship can be characterized in terms of commitment, duration and interdependency—attributes found in the ideal opposite sex spousal relationship. However, this Court has not been requested to adjudicate in terms of stereotypical relationships, the degree of required intimacy or such other considerations that the terms "spousal status" or "spouse" might entail. Rather, we have been asked to determine whether the refusal to extend to the appellants, and such otherwise qualified same-sex couples, a benefit available to opposite sex couples violated their guarantee of equal benefit of the law without discrimination.¹³ That determination must be based on the Trial Judge's finding that: "had [the appellant] Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the

¹² See generally E. Wolfson, "Civil Rights, Human Rights, Gay Rights: Minorities and the Humanity of Different", (1991), 14 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 21, at p. 31 and *Leshmer v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.), at p. D/188.

¹³ However, the personal circumstances of the appellants are such that they are in a much better financial position if the appellant Nesbit is not entitled to claim the spouse's allowance. The basis of this apparent paradox is found in the rea-

(Continued on next page)

M. Egan ne s'accordent pas avec la définition de «conjoint» à l'article 2 de la Loi:

2. ...

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme.

a

Les appelants forment une union intime depuis 1948. Le juge de première instance constate qu'ils ont des comptes bancaires joints, partagent cartes de crédit et autres biens et, dans leurs testaments, se désignent l'un l'autre leurs exécuteurs testamentaires et légataires respectifs. À leurs parents et amis, ils se présentent comme partenaires et, à un moment donné, ont publiquement échangé les anneaux de mariage. Il y a lieu de faire une brève observation sur cet aspect des témoignages en la matière.

c

d

Les témoignages du genre produit par les appelants visent à établir que l'union de personnes du même sexe peut être semblable à celle de deux personnes de sexe opposé, du point de vue à la fois de la diversité et de l'interaction¹². On peut dire que les relations entre les appelants sont caractérisées par l'engagement, la longue durée et l'interdépendance, autant d'attributs qu'on trouve dans l'union conjugale idéale. Cependant, il n'a pas été demandé à la Cour de juger sous l'angle des relations stéréotypées, du degré d'intimité requise ou d'autres considérations qu'impliquent les termes «état de personne mariée» ou «conjoint». Au contraire, il nous a été demandé de juger si le refus d'accorder aux appelants, et aux couples du même sexe qui rempliraient les conditions à d'autres égards, les prestations offertes aux couples de sexe opposé, porte atteinte à leur droit garanti au même bénéfice de la loi, sans discrimination aucune¹³. Ce jugement doit se fonder sur la conclu-

e

f

g

h

¹² Voir E. Wolfson, «Civil Rights, Human Rights, Gay Rights: Minorities and the Humanity of Different» (1991), 14 *Harv. J. L. & Pub Pol'y* 21, à la p. 31 et *Leshmer v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. eng. Ont.), à la p. D/188.

¹³ Il se trouve cependant que dans leur cas particulier, les appelants sont en bien meilleure posture financière si l'appellant Nesbit n'a pas droit à l'allocation de conjoint. Ce paradoxe apparent est expliqué dans les motifs du jugement de première

(Suite à la page suivante)

same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse's allowance."¹⁴

At trial, the appellants maintained that, as a matter of statutory construction, the term "spouse" as defined in section 2 of the Act "includes" persons living in a same-sex relationship with a pensioner. The Trial Judge rejected that construction. In this regard, his decision is consistent with cases of similar import.¹⁵ The Trial Judge then rejected the argument that the appellants were discriminated against on the basis of "sex". This conclusion is also consistent with existing authorities.¹⁶ (Both arguments were abandoned on appeal.) Hence, it remained to be determined whether the appellants had been discriminated against on the basis of an analogous ground—sexual orientation. In pursuing that question the Trial Judge concluded: (1) that there was nothing discriminatory in a law which restricts a benefit to opposite sex couples; and (2) that the benefit which the appellants sought was denied because of their "non-spousal status" and not because of their "sexual orientation". At page 704, he stated:

Parliament has chosen to address the needs of persons of the opposite sex who live together in a conjugal state, either statutory or common law, as husband and wife. This unit has traditionally been treated as the basic unit of society upon which society depends for its continued existence. I can see nothing discriminatory against the plaintiffs in a law which provides certain benefits to this group and which law does not provide the same benefits to a homosexual couple in the position of the plaintiffs. The plaintiffs as an homosexual couple, just as a bachelor and a spinster who live together or other types of couples who live together, do not fall within the traditional meaning of the conjugal unit or spouses. When compared to

(Continued from previous page)

sons of the Trial Judge (see *Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.), at p. 697). Though the appellants are not financially disadvantaged by the denial of benefits, that fact does not affect their standing to seek an appropriate Charter remedy (see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679).

¹⁴ *Egan*, *supra*, at p. 695.

¹⁵ See *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (B.C.S.C.); and *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (F.C.); *affd* [1993] 1 S.C.R. 554. See also *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 43 Admin. L.R. 316 (F.C.A.).

¹⁶ *Eg.*, *Knodel*, *supra*.

sion suivante du juge de première instance: «[l'appellant] Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l'allocation de conjoint»¹⁴.

^a En première instance, les appelants interprètent le terme «conjoint» tel que le définit l'article 2 de la Loi, comme «s'entendant également» de la personne vivant dans une union du même sexe avec un pensionné. Le juge de première instance a rejeté cette interprétation. À cet égard, sa décision est dans le droit fil de la jurisprudence en la matière¹⁵. Il a ensuite rejeté l'argument que les appelants étaient victimes de discrimination fondée sur le «sexe». Cette conclusion est également conforme à la jurisprudence applicable¹⁶. (L'un et l'autre arguments ont été abandonnés en appel.) Il restait donc à examiner si les appelants faisaient l'objet d'une mesure discriminatoire fondée sur un motif analogue, savoir les tendances sexuelles. Sur ce point, le juge de première instance a conclu: (1) qu'il n'y a rien de discriminatoire dans une loi qui limite une prestation aux couples de sexe opposé; et (2) que l'allocation demandée par les appelants leur a été refusée en raison de leur «statut de non-conjoints» et non pas à cause de leurs «tendances sexuelles». Il s'est prononcé en ces termes, à la page 704:

^f Le législateur a choisi de pourvoir aux besoins de personnes de sexe opposé qui vivent dans une union conjugale, qu'elle soit légale ou de fait, en qualité de mari et femme. Cette unité a toujours été considérée comme l'unité fondamentale de la société, qui en dépend pour sa survie. Je ne peux voir rien de discriminatoire contre les demandeurs dans une loi qui ne prévoit pas les mêmes prestations pour les couples d'homosexuels tels les demandeurs. Ceux-ci, en leur qualité de couple d'homosexuels, tout comme un homme célibataire et une femme célibataire qui vivent ensemble, ne présentent pas les caractéristiques de l'unité conjugale ou de conjoints au sens traditionnel. Par comparaison avec l'unité ou la catégorie qui bénéficie

(Suite de la page précédente)

instance (voir *Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1^{re} inst.), à la p. 697). Bien que les appelants ne soient pas financièrement désavantagés par le refus de verser l'allocation, ce fait n'affecte pas leur qualité pour exercer un recours fondé sur la Charte (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679).

¹⁴ *Egan*, *supra*, à la p. 695.

¹⁵ Voir *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (C.S.C.-B.); et *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.); *conf. par* [1993] 1 R.C.S. 554. Voir aussi *Veysey c. Canada (Service correctionnel)* (1990), 43 Admin. L.R. 316 (C.A.F.).

¹⁶ Par exemple *Knodel*, *supra*.

the unit or group which benefits by the challenged law the plaintiffs fall into the general group of non-spouses and do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation. [Emphasis is mine.]

To the Trial Judge, the appellants are being treated “just like” all other non-spousal couples whose relationship is marked by commitment, duration and interdependency (hereinafter “other non-spousal relationships”). The appellants maintain that that comparison is misdirected. They argue that they are “just like” and “no less deserving” than opposite-sex partners who qualify for the spouse’s allowance.

At the outset, I think it is important to recognize that these conflicting views of “likeness” have been expressed, in one form or another, in all of the cases involving spousal benefits. That is true despite the fact that the similarly situated test had been rejected earlier by the Supreme Court. This is but one of the issues that must be acknowledged and addressed herein.

THE CHARTER—DISCRIMINATION DEFINED

Subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

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.

In order for the appellants to succeed, they must demonstrate that the restrictive definition of “spouse” as found in the Act is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter on the basis of sexual orientation.¹⁷ Although sexual orien-

¹⁷ Sexual orientation is regarded as including heterosexuality as well as homosexuality and bisexuality. As sexual orientation only becomes an issue for members of a minority, the literature concentrates on same-sex sexual orientation; for a comprehensive examination see “Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law” (1989) 102 *Harv. L. Rev.* 1509; and also *Leshner, supra*, at p. D/197. It has also been defined as:

de la loi contestée, les demandeurs relèvent de la catégorie générale des non-conjoints, et ne peuvent en bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles. [C’est moi qui souligne.]

a Aux yeux du juge de première instance, les appelants sont traités «tout comme» tous les autres couples de non-conjoints, dont les relations sont marquées par l’engagement, la longue durée et l’interdépendance (appelées ci-après «autres relations non conjugales»). Les appelants soutiennent que cette comparaison est erronée étant donné qu’ils sont «tout comme» les partenaires de sexe opposé qui ont droit à l’allocation de conjoint, et qu’ils ne sont «pas moins méritoires».

d Il y a lieu de noter en tout premier lieu que ces vues divergentes sur la «similarité» ont été exprimées, sous une forme ou une autre, dans toutes les affaires concernant les prestations offertes aux conjoints. Cette divergence de vues s’est poursuivie bien que le critère de la situation analogue eût été rejeté auparavant par la Cour suprême. Ce n’est là que l’une des questions qu’il faut relever et trancher en l’es-

LA CHARTE—DÉFINITION DE DISCRIMINATION

Le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* porte:

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.

h Pour obtenir gain de cause, les appelants doivent démontrer que la définition restrictive de «conjoint» figurant dans la Loi fait une distinction fondée sur les tendances sexuelles¹⁷ et est de ce fait discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. Bien que

¹⁷ Les tendances sexuelles peuvent être hétérosexuelles, homosexuelles ou bisexuelles. Comme elles ne constituent un problème que pour une minorité, les auteurs se sont concentrés sur les tendances homosexuelles; pour une analyse détaillée de la question, voir «Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law» (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509; et aussi *Leshner, supra*, à la p. D/197. L’homosexualité a été également définie comme suit:

tation is not expressly referred to in subsection 15(1), it is trite law that the list of enumerated grounds is not finite and that the protections available under that section can be extended to those who establish that they are members of a disadvantaged group and can show discrimination on analogous grounds. The classic test is found in the reasons of Madam Justice Wilson, first articulated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and restated in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1332:

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

Though the Supreme Court has yet to adjudicate on whether homosexuals constitute a disadvantaged group entitled to Charter protection, I take it to be settled law that sexual orientation can be invoked as an analogous ground of discrimination under subsection 15(1).¹⁸ The respondent conceded this point and, in my opinion, rightly so.

(Continued from previous page)

... being attracted to members of one's own sex, as opposed to heterosexuality which is the attraction to members of the opposite sex. Homosexuality can also refer to one's erotic fantasies, thoughts, feelings, and desires, to one's sexual activity with others; to one's sense of identity; and to one's social role. (See *Knodel, supra*, at p. 735).

¹⁸ See *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (B.C.S.C.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (B.C.S.C.); *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.); aff'd on other grounds (1990), 43 Admin. L.R. 316 (F.C.A.); *Leshner, supra*; and *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Gen. Div.); aff'd (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

les tendances sexuelles ne soient pas expressément visées au paragraphe 15(1), il est constant que la liste des motifs énumérés n'est pas limitative et que la protection découlant de cette disposition peut s'étendre à ceux qui prouvent qu'ils appartiennent à un groupe défavorisé et qu'il y a une discrimination fondée sur des motifs analogues. Le critère classique est défini dans les motifs de jugement prononcés par Madame le juge Wilson dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et repris dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1332:

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

Bien que la Cour suprême n'ait jamais prononcé sur la question de savoir si les homosexuels constituent un groupe défavorisé ayant droit à la protection de la Charte, je pense qu'il est maintenant de droit constant que les tendances sexuelles peuvent être invoquées comme motif analogue de discrimination qu'interdit le paragraphe 15(1)¹⁸. L'intimée concède ce point, et à juste titre à mon avis.

(Suite de la page précédente)

[TRADUCTION] ... le fait d'être attiré par les personnes de son propre sexe, au contraire de l'hétérosexualité qui est le fait d'être attiré par les personnes du sexe opposé. L'homosexualité peut aussi se définir par les fantasmes, pensées, sentiments et désirs érotiques, par l'activité sexuelle vis-à-vis d'autrui, par le sens d'identité et par le rôle social du sujet. (V. *Knodel, supra*, à la p. 735.)

¹⁸ Voir *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (C.S.C.-B.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (C.S.C.-B.); *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.); conf. par d'autres motifs (1990), 43 Admin. L.R. 316 (C.A.F.); *Leshner, supra*; et *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245, (Gen. Div.); conf. par (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

It can be readily accepted that the definition of "spouse" in section 2 has a differential impact on same-sex couples. The critical issue is whether that distinction is based on sexual orientation and is discriminatory within the meaning ascribed to that term by the existing jurisprudence. Since not every distinction drawn between individuals or groups violates section 15, the difficulty in discerning these situations where the impugned legislation is discriminatory remains.

The leading decision on the law of discrimination under section 15 of the Charter lies in the reasons of the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*. In fact, it is the only decision of that Court in which a law has been declared discriminatory based on an unenumerated ground (citizenship).¹⁹ I propose to reproduce what are now regarded as the critical passages found in the reasons for judgment of McIntyre J. (speaking for the Court on this issue). Together, they provide the analytical framework on which we are required to resolve the issue before us:

Concept of Equality

Section 15(1) of the *Charter* provides for every individual a guarantee of equality before and under the law, as well as the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. This is not a general guarantee of equality; it does not provide for equality between individuals or groups within society in a general or abstract sense, nor does it impose on individuals or groups an obligation to accord equal treatment to others. It is concerned with the application of the law. (*Per McIntyre J.*, at pages 163-164.)

Purpose

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component. (*Per McIntyre J.*, at page 171.)

Discrimination Defined

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or dis-

¹⁹ In *Schachter v. Canada*, *supra*, the government conceded the discrimination issue.

On peut convenir sans peine que la définition de «conjoint» à l'article 2 a un effet particulier sur les couples du même sexe. La question cruciale qui se pose est de savoir si cette distinction est fondée sur les tendances sexuelles et si elle est discriminatoire au sens de la jurisprudence en la matière. Étant donné que les distinctions faites entre des individus ou des groupes n'enfreignent pas toutes l'article 15, il demeure difficile de discerner les cas où la Loi en cause est discriminatoire.

La jurisprudence relative à la discrimination visée par l'article 15 de la Charte est établie par les motifs de jugement prononcés par la Cour suprême dans la cause *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*. En fait, il s'agit là de sa seule décision où une loi ait été déclarée discriminatoire par référence à un motif non énuméré (citoyenneté)¹⁹. Je me propose de reproduire ci-dessous les passages reconnus comme les plus importants des motifs prononcés par le juge McIntyre au nom de la Cour sur cette question, et qui forment le cadre dans lequel nous devons entreprendre l'analyse afin de trancher le litige en l'espèce:

Concept d'égalité

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général ou abstrait, pas plus qu'elle n'impose à ceux-ci l'obligation de traiter les autres également. Elle porte sur l'application de la loi. (Le juge McIntyre, aux pages 163 et 164.)

Objet

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important. (Le juge McIntyre, à la page 171.)

Définition de discrimination

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet

¹⁹ Dans *Schachter c. Canada*, *supra*, le gouvernement ne conteste pas la question de la discrimination.

advantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. (*Per McIntyre J.*, at pages 174-175.)

Distinctions Based on Irrelevant Personal Differences

Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another. (*Per McIntyre J.*, at page 165; and see also *La Forest J.*, at page 193.)

Contextual Approach

Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula. (*Per McIntyre J.*, at page 168.)

Burden of Proof

A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory. (*Per McIntyre J.*, at page 182.)

Unfortunately, the ease with which one may extrapolate the various tenets of the Supreme Court's test for determining discrimination is matched only by the difficulty encountered in applying it to the facts of a particular case.

In view of the fact that the Supreme Court has not had the opportunity to express any opinion on the Charter in the context of gay and lesbian rights, it is instructive to review the limited jurisprudence emanating from Canada's other superior courts. At worst, the decisions reveal diversity in judicial opinion. At best, they provide a better understanding of the issues that must be confronted.

individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. (*Le juge McIntyre*, aux pages 174 et 175.)

Distinctions fondées sur des différences personnelles non pertinentes

Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre. (*Le juge McIntyre*, à la page 165; voir aussi le juge *La Forest*, à la page 193.)

Analyse en contexte

Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application. Les questions qui seront soulevées d'un cas à l'autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée. (*Le juge McIntyre*, à la page 168.)

Charge de la preuve

Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif. (*Le juge McIntyre*, à la page 182.)

Malheureusement, s'il est facile d'extrapoler les divers principes contenus dans le critère de la Cour suprême pour décider s'il y a discrimination, il est par contre difficile d'appliquer ce critère aux cas d'espèce.

Étant donné que la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les droits des gais et des lesbiennes dans le contexte de la Charte, il convient de passer en revue la jurisprudence limitée en la matière des autres cours supérieures du Canada. Au pire, ces décisions font ressortir la diversité des opinions des juges. Au mieux, elles permettent de bien saisir les questions qui doivent être résolues.

THE JURISPRUDENCE

To date the cases in which gay and lesbian rights have been advanced fall into one of two categories. First, there are those in which an individual has been denied access or become disentitled to a "benefit". The second category is comprised of cases in which one of the criteria of entitlement is spousal status; that is to say the benefit is restricted to those legally married and, when recognized by statute, partners to a common law marriage. In both categories, the discrimination complained of can be either direct (intentional) or indirect (unintentional).

Cases falling within the first category can be decided against the backdrop of provincial and federal human rights legislation. So-called benefits of general entitlement, whether they be classified as private or public law benefits, inevitably involve matters of employment,²⁰ accommodation and services and have been made the subject of anti-discrimination laws. With respect to human rights legislation, five provinces and one territory ban discrimination based on sexual orientation; they are Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba and Yukon.²¹ Until recently, the *Canadian Human Rights Act* did not include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination (presently in Bill form; see Bill C-108, 1992). Prior to the legislative amendment, it had been determined in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), that that omission

²⁰ Two cases which I shall not be dealing with are *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84 (Man. Q.B.); and *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (C.A.); aff'd [1993] 1 S.C.R. 554. Both cases turned on discrimination based on "family status" as opposed to "sexual orientation".

²¹ See *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 1, 2, 3, 5, 6; *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 10 [as am. by S.Q. 1982, c. 61, s. 3]; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 12, as am. by S.N.S. 1991, c. 12, s. 1; *An Act to Amend the Human Rights Act*, S.N.B. 1992, c. 30; *The Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2); and *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Suppl.), c. 11.

LA JURISPRUDENCE

Les causes où il est question des droits des gais ou des lesbiennes tombent jusqu'ici dans deux catégories. En premier lieu, il y a celles où un individu s'est vu refuser ou enlever l'accès à un «bénéfice». En second lieu, il y a les cas où l'une des conditions d'admissibilité est l'état de personne mariée, c'est-à-dire que le bénéfice est réservé à ceux qui sont légalement mariés et, s'ils sont reconnus par la loi, aux conjoints de fait. Dans l'une et l'autre catégories, la discrimination en cause peut être soit directe (intentionnelle) soit indirecte (involontaire).

Les causes tombant dans la première catégorie peuvent être tranchées dans le cadre de la législation provinciale et fédérale en matière de droits de la personne. Les soi-disant bénéfices universels, qu'ils soient classés comme bénéfices de droit privé ou public, concernent inévitablement les questions d'emploi²⁰, d'hébergement et de services, et ont fait l'objet de lois antidiscriminatoires. Pour ce qui est de la législation en matière de droits de la personne, cinq provinces et un territoire interdisent la discrimination pour cause de tendances sexuelles; il s'agit de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba et du Yukon²¹. Jusqu'à tout récemment, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne faisait pas des tendances sexuelles un motif illégal de discrimination (actuellement sous forme de projet de loi, le projet de loi C-108, 1992). Avant cette modification législative, il a été jugé dans *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.) que

²⁰ Deux causes que je n'évoquerai pas sont *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84 (Man. Q.B.); et *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.); conf. par [1993] 1 R.C.S. 554. Ces deux causes portent sur la discrimination pour cause de «situation de famille» et non pas de «tendances sexuelles».

²¹ Voir *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H. 19, art. 1, 2, 3, 5, 6; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 10 [mod. par L.Q. 1982, ch. 61, art. 3]; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 12, mod. par S.N.S. 1991, ch. 12, art. 1; *Loi modifiant la Loi sur les droits de la personne*, L.N.-B. 1992, ch. 30; *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, art. 9(2); et *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 1986, (suppl.), ch. 11.

constituted discrimination offending subsection 15(1) of the Charter.²²

The decision of the Ontario Court of Appeal in *Haig* is instructive and represents one of two cases in which a court has had the opportunity to deal with the issue of discrimination, in the context of sexual orientation, and the aggrieved party has been successful.²³

In *Haig*, the respondent Birch, a captain in the Canadian Armed Forces, decided to inform his commanding officer that he was gay. In response, Captain Birch was informed that he was subject to a policy directive relating to “homosexuals” which rendered him ineligible for promotions, postings or further military training. Ultimately, he was released from the Forces on medical grounds which included the fact that he was unable to continue working under the career restrictions imposed on him by the policy directive and therefore he was unfit for further service. Eventually, Captain Birch sought a declaration that the absence of sexual orientation from the list of prescribed grounds of discrimination in section 3 of the *Canadian Human Rights Act* was itself discriminatory. Both the Trial Judge [(1991), 5 O.R. (3d) 245] and the Court of Appeal agreed. The latter Court had no difficulty in concluding that (*per* Krever J.A., at page 498): “It is difficult to imagine a clearer case of invidious discrimination in employment by reason only of sexual preference than the experience of the respondent Birch.”

The discrimination found in *Haig* illustrates the irrelevancy of a personal characteristic—sexual orientation—in determining one’s entitlement or dis-entitlement to employment. However, in some instances, discriminatory practices are not as transparent as that which arose in *Haig* and, hence, careful

²² In *Douglas v. Canada*, [1993] 1 F.C. 264 (T.D.), a consent judgment issued on the basis that a member of the Armed Forces had been discriminated against because of her sexual orientation. The same policy directive outlined in *Haig* was operative in this case.

²³ The other case is *Knodel, supra*, which is also discussed below. Surprisingly, in *Leshner, supra*, the issue of discrimination was conceded.

cette omission valait discrimination au regard du paragraphe 15(1) de la Charte²².

La décision *Haig* de la Cour d’appel de l’Ontario, qui est instructive, représente l’un des deux cas où un tribunal judiciaire a été saisi d’une plainte de discrimination pour cause de tendances sexuelles, et où la partie demanderesse a eu gain de cause²³.

b

Dans *Haig*, l’intimé Birch, capitaine des Forces armées canadiennes, décida d’informer son commandant qu’il était gai, après quoi il a été informé en retour que son cas relevait d’une directive générale relative aux «homosexuels», par application de laquelle il ne serait plus considéré pour les promotions, les affectations et la formation militaire plus poussée. Finalement, il a été libéré pour raisons médicales, dont le fait qu’il n’était pas capable de continuer à travailler à cause des restrictions de carrière imposées par la directive générale et que, par conséquent, il n’était plus apte au service armé. Par la suite, le capitaine Birch s’est pourvu en justice pour demander un jugement déclarant que l’absence des tendances sexuelles de la liste des motifs illégaux de discrimination à l’article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était elle-même discriminatoire. Cet argument a été accueilli par le juge de première instance [(1991), 5 O.R. (3d) 245] comme par la Cour d’appel. Celle-ci n’a eu aucune difficulté à conclure (par la voix du juge Krever, J.C.A., à la page 498) que [TRADUCTION] «Il est difficile d’imaginer exemple plus flagrant de discrimination blessante dans l’emploi pour cause uniquement de tendances sexuelles, que ce qui est arrivé à l’intimé Birch.»

g

Le verdict de discrimination prononcé dans *Haig* montre bien qu’une caractéristique personnelle, en l’occurrence les tendances sexuelles, ne doit avoir aucun rapport avec l’admissibilité ou l’inadmissibilité à un emploi. Il est cependant des cas où la discrimination n’est pas aussi manifeste que dans *Haig*; il

²² Voir *Douglas c. Canada*, [1993] 1 C.F. 264 (1^{re} inst.), jugement d’expédient portant qu’un membre des Forces armées a été victime de discrimination en raison de ses tendances sexuelles. La directive attaquée dans *Haig* était aussi en cause dans cette cause.

²³ L’autre cause est *Knodel, supra*, sur laquelle nous reviendrons plus loin. Chose étonnante, l’intimée dans *Leshner, supra*, n’a pas contesté la question de la discrimination.

scrutiny is required when determining whether the intent or effect of an impugned law is discriminatory within the meaning of the Charter. In this respect, the decision of the British Columbia Supreme Court in *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444, is illustrative. In *Brown*, the issue did not centre on access to employment, but rather access to a costly drug believed helpful in the treatment of a potentially fatal disease.

The allegation of discrimination arose from the decision of the provincial government to place the drug AZT, the only drug which at that time proved effective in treating AIDS, under the provincial drug plan. The effect of that decision was to require all AIDS patients, other than those on welfare or in long-term care facilities, to pay a portion of the cost of the drug. That funding policy affected an identifiable group, of which 90% were "homosexual" or "bisexual" males. The majority of these men did not qualify for the exemption and were faced with drug payments in excess of \$2,000 per year, which the Court held was likely to cause a "serious financial burden" (at page 457). However, this funding decision was not challenged until the government decided subsequently to fully fund another equally expensive drug, cyclosporin, required by other seriously ill persons: transplant patients and those suffering from cancer. Nonetheless, the Court found no discrimination within the meaning of subsection 15(1) of the Charter.

While it is not my intent to review critically the decision in *Brown*, it can be a matter of personal judgment whether the reasons proffered by the government, and accepted by the Court, to explain the differential approach to funding drugs, for cancer and transplant patients and those suffering from AIDS, are persuasive.²⁴ For our purposes, it is important to recognize that this is precisely the type of case where a "distinction" can exacerbate conditions of prejudice for members of a disadvantaged minority by restricting access to a basic and needed benefit. To the

²⁴ Even after a fair reading of the decision, one cannot help but wonder whether the funding policy would have been different had 90% of the AIDS sufferers been children.

faut donc examiner attentivement si le but ou l'effet de la loi contestée est discriminatoire au sens de la Charte. Une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444, peut servir d'exemple à cet égard. Cette affaire ne portait pas sur l'accès à l'emploi, mais sur l'accès à un médicament coûteux qu'on disait efficace dans le traitement d'une maladie potentiellement mortelle.

La plainte de discrimination faisait suite à la décision prise par le gouvernement de la province d'inclure dans le régime provincial d'assurance-médicaments le médicament AZT, le seul à se révéler efficace à l'époque dans le traitement du sida. Par suite de cette décision, les sidéens, sauf ceux qui touchaient l'assistance sociale ou qui étaient hospitalisés à titre de malades incurables, étaient obligés de payer une partie du prix du médicament. Cette politique de subvention affectait un groupe identifiable, dont 90 p. 100 étaient des hommes «homosexuels» ou «bisexuels». La plupart de ces derniers n'étaient pas admissibles à l'exemption et devaient faire face à des dépenses en médicaments dépassant les 2 000 \$ par an, dont la Cour a conclu qu'elles constituaient en toute probabilité un «lourd fardeau financier» (à la page 457). Cependant, cette politique de subvention ne fut contestée qu'après que le gouvernement eut décidé de prendre entièrement en charge un médicament tout aussi coûteux, la cyclosporine, destiné à d'autres malades graves, ceux qui ont subi une transplantation et ceux qui souffrent du cancer. La Cour a néanmoins conclu qu'il n'y avait pas discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte.

Bien qu'il ne soit pas dans mes intentions de critiquer la décision *Brown*, le bien-fondé des motifs avancés par le gouvernement et acceptés par la justice, pour expliquer la différence dans la subvention à l'achat entre les médicaments destinés aux cancéreux et à ceux qui ont subi une transplantation d'une part, et les médicaments destinés aux sidéens d'autre part, peut être affaire de jugement personnel²⁴. Pour notre propos, il est important de noter qu'il s'agit justement là du type de cas où une «distinction» peut exacerber les préjugés contre les membres d'une minorité défa-

²⁴ Même si on penche pour cette décision, on ne peut s'empêcher de se demander si la politique de subvention aurait été différente si 90 p. 100 des sidéens étaient des enfants.

extent that a policy decision (having the force of law) has both a disproportionate and burdensome impact on such a group, a finding of discrimination should not, in my opinion, be easily displaced.

The following discussion focuses on two conflicting decisions involving Charter challenges falling into the second category—benefits based on spousal status. In both cases, the claimants sought to show that they had been denied a benefit because of their sexual orientation. As will be explained, the true complaint was not denial of a benefit, but rather denial of a benefit on the same terms available to opposite-sex couples.

In *Andrews v. Ontario (Minister of Health)*, *supra*, the provincial health insurance legislation denied dependant coverage to the same-sex partner of the plaintiff. “Dependant” was defined to include the spouse of an insured person which the provincial authorities interpreted as meaning a person of the opposite sex. The Trial Judge concluded that the legislation was not discriminatory and hence did not violate subsection 15(1) of the Charter. First, he concluded that “homosexual” couples are not like “heterosexual” couples because the former do not procreate nor raise children. Second, the Trial Judge ruled out discrimination because the plaintiff was being treated in exactly the same manner as all unmarried cohabiting persons. Finally, he was swayed by the fact that the premium being paid by an opposite-sex couple equalled the combined premiums paid by partners to a same-sex relationship.

By itself the latter determination would seem sufficient to dispose of the matter. It is difficult, in the circumstances, to argue convincingly that the plaintiff was denied equal benefit of the law. Medical coverage was available to all and on identical financial terms. For our purposes, what is relevant is that the litigation focused on whether a same-sex couple is

vorisée en limitant l'accès à un bénéfice fondamental dont ils ont besoin. Dans la mesure où une décision de principe (ayant force de loi) a un effet à la fois disproportionné et défavorable sur un groupe de ce genre, un verdict de discrimination est, à mon avis, pratiquement inévitable.

L'analyse qui suit porte sur deux décisions contradictoires rendues à la suite de contestations fondées sur la Charte et relevant de la seconde catégorie, celle des bénéfices réservés aux conjoints. Dans les deux affaires, les demandeurs se disaient privés d'un bénéfice en raison de leurs tendances sexuelles. Comme nous le verrons, la plainte ne visait pas vraiment le refus d'accorder le bénéfice, mais le refus de l'accorder dans les mêmes conditions qu'aux couples de sexe opposé.

Dans *Andrews v. Ontario (Minister of Health)*, *supra*, la loi provinciale sur l'assurance-maladie fait que la partenaire de même sexe de la demanderesse n'a pas droit à la couverture à titre de personne à charge. «Personne à charge» est définie comme s'entendant également du conjoint de la personne assurée, ce qui signifie aux yeux des autorités provinciales une personne de sexe opposé. Le juge de première instance conclut que cette loi n'est pas discriminatoire et, par conséquent, ne va pas à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. En premier lieu, il juge que les couples homosexuels ne sont pas semblables aux couples hétérosexuels parce que les premiers ne procréent ni n'élèvent des enfants. En deuxième lieu, il écarte l'argument de discrimination par ce motif que la demanderesse est traitée exactement sur le même pied que toutes les personnes qui cohabitent sans être mariées l'une à l'autre. Enfin, il note que la prime payée par un couple de sexe opposé est égale au total des primes payées par les deux partenaires d'une union de même sexe.

Cette dernière conclusion semblerait suffire à elle seule à régler la question. Il est difficile dans ce contexte de faire valoir que la demanderesse s'est vu refuser le même bénéfice de la loi. L'assurance-maladie était accessible à tous aux mêmes conditions financières. Ce qui nous intéresse, c'est que le litige portait sur la question de savoir si un couple homo-

“like” an opposite-sex one or whether a same-sex couple is “like” other non-spousal relationships.

The reasoning employed in *Andrews v. Ontario* did not find its way into the decision rendered in *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, *supra*. However, the facts of these two cases are virtually identical. In *Knodel*, the definition of “spouse” contained in the *Medical Services Act Regulations* [B.C. Reg. 144/68, s. 2.01 (as am. by B.C. Reg. 5/77)] under the *Medical Services Act* [R.S.B.C. 1979, c. 255] of British Columbia did not extend benefits to same-sex couples and thus the petitioner’s application to include his partner as a dependant spouse under the health care plan was rejected. The Trial Judge held that the Regulations had the effect of treating same-sex couples differently than opposite-sex couples. In fact, her entire reasoning is premised implicitly on the understanding that one is “just like” the other. She went on to hold that the Regulations discriminated against the petitioner on the ground of sexual orientation by imposing an economic penalty arising from the refusal to extend a benefit available to opposite-sex couples. (I shall deal with that particular finding shortly.) She also held that the Regulations had a further impact. They affected the plaintiff’s dignity and self esteem and reinforced the “homophobia” expressed by certain members of society.

Unlike the approach pursued in *Andrews v. Ontario*, the Trial Judge in *Knodel* was of the view that the underinclusiveness of the legislation was, in the words of Dickson C.J. in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at page 1240, “simply a backhanded way of permitting discrimination.” Her analysis portrays the issue in terms of a distinction affecting two classes of individuals (at page 756):

Where the state makes a distinction between two classes of individuals, A and B, that has the effect of imposing a greater burden on individuals within class B, and if the individuals within class B fall within the class of individuals protected by s. 15(1) of the *Charter*, the manner in which the legislative provision or law is drafted is irrelevant for constitutional purposes; i.e., it is immaterial whether the subject law states: (1) A

sexuel est «semblable» à un couple hétérosexuel ou s’il est «semblable» aux autres relations non conjugales.

Le raisonnement tenu dans *Andrews v. Ontario* n’a pas été adopté dans la cause *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, *supra*, dont les faits étaient pourtant pratiquement identiques. Dans *Knodel*, la définition de «spouse» (conjoint) dans le règlement d’application [B.C. Reg. 144/68, art. 2.01 (mod. par B.C. Reg. 5/77)] de la loi dite *Medical Services Act* [R.S.B.C. 1979, ch. 255] de la Colombie-Britannique n’étendait pas le bénéfice aux couples de même sexe; c’est ainsi que la demande faite par le demandeur afin que son partenaire fût reconnu comme conjoint par le régime d’assurance-maladie avait été rejetée. Le juge de première instance conclut que ce Règlement a pour effet de réserver aux couples homosexuels un traitement différent par rapport aux couples hétérosexuels. En fait, son raisonnement tout entier est implicitement fondé sur le postulat que les uns sont «tout comme» les autres. Elle en conclut que le Règlement est discriminatoire à l’égard du demandeur à cause de ses tendances sexuelles, en lui imposant une sanction économique par le refus de lui accorder un bénéfice offert aux couples hétérosexuels. (Je reviendrai sur cette conclusion un peu plus loin.) Et que le Règlement a encore un autre effet, en ce qu’il porte atteinte à la dignité et au respect de soi du demandeur, et renforce l’«homophobie» exhibée par certains individus.

À l’opposé de l’approche adoptée dans *Andrews v. Ontario*, le juge de première instance dans *Knodel* estime que la couverture sélective de la législation en cause était, pour reprendre les termes employés par le juge en chef Dickson dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la page 1240, «simple-ment un moyen détourné de permettre la discrimination». Son analyse aborde la question litigieuse sous l’angle de la distinction entre deux catégories d’individus (à la page 756):

[TRADUCTION] Lorsque l’État distingue entre deux catégories d’individus, A et B, de façon à imposer un fardeau plus lourd aux individus de la catégorie B, et si ceux-ci appartiennent à une catégorie protégée par le paragraphe 15(1) de la *Charte*, le libellé du texte de loi ne présente aucune importance du point de vue de l’analyse constitutionnelle, c’est-à-dire qu’il importe peu que la loi en question prévoie que: (1) A en bénéficie; ou

benefits; or (2) Everyone benefits except B. In both cases, the impact upon the individual within group B is the same.

Based on the reasoning in *Andrews v. Ontario*, and of the Trial Judge in the present case, the above analysis is flawed to the extent that it fails to acknowledge and deal with the fact that class "B" is composed not only of same-sex couples, but also others whose dependant relationship lacks spousal status. In effect, the exclusion from class "A" extends *de facto* to classes "B" (same-sex couples) and "C" (other non-spousal relationships).²⁵

As noted earlier, the Trial Judge in *Knodel* concluded that same-sex couples were denied a benefit available to opposite-sex couples. It should not be presumed, however, that these same-sex partners had been denied medical coverage. Under the relevant regulations, the combined annual premiums paid by a same-sex couple was \$84 greater than that paid by an opposite-sex couple. Technically speaking, the petitioner (and his partner) was denied equal benefit of the law. But it would be misleading to state that the regulations had the effect of denying a benefit to a same-sex couple otherwise available to an opposite-sex one. On the contrary, the same-sex partner was granted medical coverage but had to pay \$42 more per year because he did not fall within the definition of "spouse".²⁶ In this respect, the facts of *Knodel* resemble more closely those found in *Andrews v. Ontario* than those found in *Brown*.

In *Brown*, the government's differential funding policy raised the inference of an intent to exclude gay men from the obvious financial benefit derived from the government's decision to limit full funding to other seriously ill patients. Alternatively, it could be argued that that funding policy had a direct and more burdensome impact on this disadvantaged group. As well, the fact that the majority of these men faced a "serious financial burden" could have had the effect of denying access to a needed drug. By comparison,

²⁵ See *Leshner, supra*, where the distinction is also ignored.

²⁶ In fact, his premium was ultimately waived because of an exemption accorded those receiving financial assistance from the Ministry of Social Services.

(2) tout le monde en bénéficie sauf B. Dans les deux cas, l'effet sur l'individu appartenant au groupe B est le même.

À la lumière du raisonnement tenu dans *Andrews v. Ontario* et de celui tenu par le juge de première instance en l'espèce, l'analyse ci-dessus est défectueuse en ce qu'elle passe sous silence le fait que la catégorie «B» comprend non seulement les couples homosexuels, mais encore d'autres dont les relations d'interdépendance ne sont pas des relations conjugales. En effet, la non-inclusion dans la catégorie «A» vaut en fait pour les deux catégories «B» (couples homosexuels) et «C» (autres relations non conjugales)²⁵.

Comme noté *supra*, le juge de première instance dans *Knodel* a conclu que les couples homosexuels se voyaient refuser un bénéfice offert aux couples hétérosexuels. Il ne faut cependant pas présumer que ces partenaires homosexuels étaient privés du bénéfice de l'assurance-maladie. Sous le régime du règlement applicable, le total des primes annuelles versées par les deux membres d'un couple homosexuel dépassait de 84 \$ les primes que payait un couple hétérosexuel. Techniquement parlant, le demandeur (et son partenaire) se sont vu dénier le même bénéfice de la loi. Mais il serait faux de dire que le règlement avait pour effet de dénier à un couple homosexuel un bénéfice offert aux couples hétérosexuels. Au contraire, le partenaire de même sexe avait droit à l'assurance-maladie mais devait payer 42 \$ de plus par an, parce que sa situation ne s'accordait pas avec la définition de «conjoint»²⁶. À cet égard, les faits de la cause *Knodel* ressemblent davantage aux faits de la cause *Andrews v. Ontario* qu'à ceux de *Brown*.

Dans *Brown*, la politique de subvention différentielle du gouvernement portait à conclure à l'intention de refuser aux gais un avantage financier évident, du fait de la décision du gouvernement de limiter la subvention intégrale à d'autres malades graves. Subsidiairement, on pourrait soutenir que cette politique de subvention avait un effet direct et plus onéreux sur ce groupe défavorisé. De même, le fait que la majorité de ces hommes devait faire face à un «lourd fardeau financier» aurait pu avoir pour

²⁵ Voir *Leshner, supra*, où cette distinction est également passée sous silence.

²⁶ En fait, il était finalement exempté de la prime à titre d'assisté social.

both *Andrews v. Ontario* and *Knodel* involved a legislative scheme in which a benefit—health coverage—was available to all. In *Andrews v. Ontario* the cost was the same regardless of spousal status. In *Knodel* the cost differential could not reasonably be regarded as impeding access to the health care system. I think it fair to conclude that in these two cases the real objection to the legislation stemmed from the distinction that had been drawn between opposite-sex and same-sex couples. What the claimants truly sought was not a benefit *per se*, but rather legal recognition that their conjugal relationship is no different than an opposite-sex one which qualifies for a spousal benefit.

In summary, an examination of the extant jurisprudence un.masks at least three unresolved issues.

First, is the relationship of a same-sex couple “just like” or the “same as” an opposite-sex one? Correlatively, is the relationship of a same-sex couple any different from other non-spousal relationships? As noted earlier, and discussed below, such an analytical approach remains unavailable. Thus, it is only natural to ask why it is that litigants and the courts have continued to approach the issue from such a perspective.

Second, of what significance, if any, is the fact that the non-spousal category consists not only of same-sex couples but, as well, other non-spousal relationships? The answer to that question is not dependent on a comparison between perceived groups in the excluded category. What is relevant is that members of the disadvantaged group are not the only ones denied the benefit.

Third, is not the true complaint grounded in the failure of Parliament to recognize that same-sex relationships are no different than opposite-sex ones, including those which fall into the spousal category? If that is so, then what we are confronted with is an indirect challenge to the common law and statutory

effet de leur interdire l'accès à un médicament essentiel. Par comparaison, les causes *Andrews v. Ontario* et *Knodel* portaient toutes deux sur un régime instauré par la loi et sous lequel un bénéficiaire—l'assurance-maladie—était à la disposition de tous. Dans *Andrews v. Ontario*, le coût était le même, peu important la situation de famille. Dans *Knodel*, on ne peut raisonnablement dire que la différence dans le coût interdisait l'accès au régime d'assurance-maladie. Je pense qu'on peut conclure que dans ces deux causes, le véritable reproche adressé à la législation en cause visait la distinction entre couples hétérosexuels et couples homosexuels. Ce que voulaient vraiment les demandeurs, ce n'était pas le bénéfice en soi, mais la reconnaissance en droit que leur union conjugale n'était nullement différente des unions hétérosexuelles admissibles aux bénéfices réservés aux conjoints.

En bref, l'examen de la jurisprudence existante fait ressortir au moins trois questions non résolues.

En premier lieu, une union homosexuelle est-elle «semblable» ou «identique» à un couple hétérosexuel? Dans la même veine, une union homosexuelle est-elle différente d'autres relations non conjugales? Comme nous l'avons vu et comme nous le verrons encore plus loin, pareille approche analytique n'est pas encore à notre disposition. Donc, il est tout naturel de se demander pourquoi les plaignants et les tribunaux continuent à envisager la question sous cet angle.

En deuxième lieu, le fait que la catégorie des non-conjoints comprend non seulement les couples homosexuels, mais aussi d'autres relations non conjugales, a-t-il une importance quelconque? La réponse à cette question n'est pas subordonnée à une comparaison entre les groupes relevés dans la catégorie exclue. Ce qui est pertinent, c'est que les membres du groupe défavorisé ne sont pas les seuls à se voir priver du bénéfice.

En troisième lieu, la plainte ne vise-t-elle pas en réalité le défaut de la part du législateur de reconnaître que les relations homosexuelles ne sont nullement différentes des relations hétérosexuelles, y compris l'union conjugale? S'il en est ainsi, il s'agit d'une contestation indirecte du concept du mariage

concept of marriage, as reflected in legislation which offers a restricted definition of “spouse”.

ANALYSIS

The appellants’ objection to the judgment below lies in the way in which the Trial Judge characterized the distinction drawn by Parliament. In their view, the comparison is not as between “spouses” and “non-spouses”, but rather as between “heterosexual” and “homosexual” couples. They maintain that: “Homosexual men and women whose partners have retired at 65 are no different from, and no less deserving of the spousal allowance than, heterosexual men and women.” (Appellants’ factum, at page 10.) Discrimination is said to arise because the impugned legislation has the effect of reinforcing the disadvantage endured by a group which, throughout history, has been both “marginalized” and “stigmatized”. Finally, they argue that the proper way to rectify the inequality is to extend the definition of “spouse” to include same-sex couples.

I propose to examine the appellants’ arguments by looking first at the issue of “sameness” which they have deemed to be of fundamental significance. Equally important is the application of the test for determining whether in law a distinction based on a prohibited ground is discriminatory. As will become evident, the positions that the appellants have adopted herein represent a fundamental shift in the direction of gay and lesbian rights in Canada. The question which remains is whether they are in accord with the law as found in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*.

1. SAMENESS

(a) The Similarly Situated Test

The argument that same-sex couples are the “same” as opposite-sex ones and, therefore, both should be treated alike is grounded in the Aristotelian principle of formal equality restated in the similarly situated test—people that are alike should be treated alike, while people that are unlike should be treated

de la common law et de la loi écrite, tel qu’il s’exprime dans la loi qui donne une définition restrictive de «conjoint».

a ANALYSE

L’objection des appelants au jugement de l’instance inférieure vise la manière dont le juge de première instance a caractérisé la distinction faite par le législateur. À leur avis, la comparaison n’est pas entre «conjoints» et «non-conjoints», mais entre couples «hétérosexuels» et couples «homosexuels». Ils soutiennent que [TRADUCTION] «L’homme homosexuel ou la femme homosexuelle dont le partenaire a pris sa retraite à l’âge de 65 ans n’est en rien différent de l’homme hétérosexuel ou de la femme hétérosexuelle, et mérite tout autant l’allocation de conjoint» (mémoire des appelants, à la page 10). Et qu’il y a discrimination du fait que la loi contestée a pour effet d’ajouter au désavantage d’un groupe qui a toujours été «marginalisé» et «stigmatisé». Et, enfin, que le meilleur moyen de redresser cette iniquité est d’étendre la définition de «conjoint» aux couples homosexuels.

Je vais examiner les arguments des appelants en me penchant en premier lieu sur la question du «caractère identique» qui, à leur avis, est d’importance fondamentale. Également importante est l’application du critère qui permet de dire quand, juridiquement parlant, une distinction fondée sur un motif interdit est discriminatoire. Comme il ressortira de l’analyse, la position adoptée par les appelants en l’espèce représente un changement fondamental dans la conception des droits des gais et des lesbiennes au Canada. La question qu’il reste à trancher est de savoir si ces droits revendiqués s’accordent avec la règle de droit définie dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*.

1. LE CARACTÈRE IDENTIQUE

a) Le critère de la situation analogue

L’argument que les couples homosexuels sont «identiques» aux couples hétérosexuels et que, par conséquent, ils doivent être traités de la même façon, est fondé sur le principe aristotélicien d’égalité formelle que reprend le critère de la situation analogue: les gens qui se ressemblent doivent être traités de la

unalike. However, the proper legal response to that argument is a matter of settled law. The test was expressly rejected by the Supreme Court in *Andrews*. Of course, the response is equally applicable to the argument that the appellants are being treated in exactly the same manner as persons in other non-spousal relationships. Hence, in strict legal theory, neither party to this action is permitted to dwell on whether one type of couple is “like” or “unlike” any other.

At the same time, it is understandable why one is attracted to the notion of formal equality—it accords with common sense.²⁷ Yet the similarly situated test was rejected in *Andrews* because if applied literally, and without exception, it would inevitably work a clear injustice.²⁸ At page 166, McIntyre J. stated:

The [similarly situated] test as stated, however, is seriously deficient in that it excludes any consideration of the nature of the law. If it were to be applied literally, it could be used to justify the Nuremberg laws of Adolf Hitler. Similar treatment was contemplated for all Jews. [Emphasis is mine.]

Any hope that the test would survive *Andrews*, so long as it was not being applied mechanically, was summarily quashed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. Writing for the majority, La Forest J. stated (at page 279): “Simply put, I do not believe that the similarly situated test can be applied other than mechanically, and I do not believe that it survived *Andrews v. Law Society of British Columbia*.”

The decision of the Supreme Court to reject the similarly situated test has had only a limited effect on eliminating formal comparisons between perceived groups. Interestingly enough, when the test has been

²⁷ Though the Supreme Court has chosen to avoid the difficulties inherent in the application of the similarly situated test, it has been argued that: “An element of comparison is central to any equality theory” (see William Black and Lynn Smith, “The Equality Rights” in G. Beaudoin and E. Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, at p. 563).

²⁸ See *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183, overruled in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, *supra*.

même façon, les gens qui sont différents doivent être traités différemment. Cependant, la suite réservée à cet argument est maintenant affaire réglée: le critère a été expressément rejeté par la Cour suprême dans son arrêt *Andrews*. Il va sans dire que ce résultat est également applicable à l’argument que les appelants sont traités exactement de la même façon que les personnes liées par des relations non conjugales. Il s’ensuit que sur le plan de la stricte théorie juridique, ni l’une ni l’autre partie à cette action ne peut invoquer la question de savoir si un type de couple est «semblable» à un autre ou en est «différent».

Dans le même temps, on comprend fort bien la séduction qu’exerce le concept d’égalité formelle, qui rejoint le bon sens²⁷. Pourtant le critère de la situation analogue a été rejeté dans *Andrews*, puisque, appliqué littéralement et sans exception, il donnerait inévitablement lieu à une injustice flagrante²⁸. En page 166, le juge McIntyre s’est prononcé en ces termes:

Le critère [de la situation analogue] formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu’il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d’Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs. [C’est moi qui souligne.]

Tout espoir que ce critère survivrait à l’arrêt *Andrews*, dans la mesure où il ne s’appliquerait pas de façon mécanique, a été sommairement anéanti dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Rendant le jugement de la majorité, le juge La Forest a conclu en page 279: «Tout simplement, je ne crois pas que le critère de la situation analogue puisse être appliqué autrement que d’une façon machinale et je ne crois pas qu’il ait survécu à l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*.»

La décision de la Cour suprême de rejeter le critère de la situation analogue n’a eu qu’un effet limité pour ce qui est d’éliminer les comparaisons formelles entre des groupes perçus comme tels. Il y a lieu de

²⁷ Bien que la Cour suprême ait choisi d’éviter les difficultés inhérentes à l’application du critère de la situation analogue, il a été soutenu qu’«un élément de comparaison est au cœur de toute théorie de l’égalité» (Voir William Black et Lynn Smith, «Les droits à l’égalité» dans G. Beaudoin et E. Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd.), Toronto: Carswell, 1989 à la p. 629).

²⁸ Voir *Bliss c. Procureur (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183, rejeté dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, *supra*.

applied expressly it was for the purpose of refuting the argument that same-sex couples are no different than other non-spousal relationships (see *Knodel, supra*). Yet, counsel seem prepared to argue cases, and courts decide them, on the presupposition that same-sex couples are either “like” or “unlike” opposite-sex ones, as the case may be. In so doing, they effectively sidestep the similarly situated test.

It is naive to pretend that the “sameness” issue disappeared with the Supreme Court’s rejection of the similarly situated test. Nor should it have been expected that the issue would disappear completely. So long as discrimination is defined in terms of a distinction based on “personal characteristics”, there will always be a temptation to make a comparison between those who do and do not possess that difference or characteristic.

In virtually every discrimination case involving spousal benefits, the claimants have introduced evidence focussing on just how similar the lifestyles of same-sex couples are when compared with opposite-sex ones.²⁹ This case is no exception. It differs from others only to the extent that the evidence before us is limited and pales in comparison with the testimony of academics, sociologists and health care professionals documented in the case reports.³⁰ Such evidence has but one obvious purpose—to establish the “similarity” between the two kinds of relationships. The evidence given by a clinical psychiatrist in *Knodel* is on point (at page 735):

Dr. Myers reports that “there is a high degree of similarity between homosexual and heterosexual life partners and that they are much more the same in their attitudes, expectations, and values than are different.”

Nonetheless, it must be formally recognized that the appellants’ case is built on the “similarity” between same-sex and opposite-sex couples. The Supreme Court’s decision in *Andrews* destroys the very premise on which their claim of discrimination rests. Moreover, the inapplicability of the similarly

remarquer que dans les cas où ce critère a été expressément appliqué, c’était justement pour réfuter l’argument que les couples homosexuels n’étaient nullement différents des autres relations non conjugales (voir *Knodel, supra*). Pourtant, des avocats semblent enclins à plaider leur cause, et les tribunaux à prononcer, en présupposant que les couples homosexuels sont soit «semblables» aux couples hétérosexuels soit «différents», selon le cas. Ce faisant, ils esquivent le problème du critère de la situation analogue.

Il serait naïf de prétendre que la question du «caractère identique» a disparu après que la Cour suprême eut rejeté le critère de la situation analogue. On n’aurait pu s’attendre non plus à ce qu’elle disparaisse complètement. Tant que la discrimination se définit en termes de distinction fondée sur une «caractéristique personnelle», on sera toujours tenté de comparer ceux qui ont ce trait distinctif ou cette caractéristique et ceux qui ne l’ont pas.

Dans presque toutes les affaires de discrimination portant sur les bénéfiques réservés aux conjoints, les demandeurs ont produit les preuves et témoignages sur la similitude entre le style de vie des couples homosexuels et celui des couples hétérosexuels²⁹. Il en est de même de l’affaire en instance. Elle n’est différente des autres que dans la mesure où les témoignages produits devant la Cour sont limités et faibles par comparaison avec le témoignage de professeurs d’université, sociologues et hommes de l’art, cité dans les causes publiées³⁰. Ces témoignages ne visent qu’un but évident: établir la «similitude» entre les deux types d’unions. On en trouve l’illustration dans le témoignage donné par un psychiatre clinique dans *Knodel* (à la page 735):

[TRADUCTION] Le Dr Myers fait savoir qu’il y a «un haut degré de similitude entre les partenaires à vie homosexuels et les partenaires à vie hétérosexuels, et qu’ils sont bien plus semblables pour ce qui est de leur attitude, de leur espoirs et de leurs valeurs qu’ils ne sont différents à ces égards».

Néanmoins, il faut prendre acte que l’argumentation des appelants est fondée sur la «similitude» entre couples homosexuels et couples hétérosexuels. L’arrêt *Andrews* de la Cour suprême anéantit la prémisse même sur laquelle ils fondent leur plainte de discrimination. D’ailleurs, l’inapplicabilité du critère de la

²⁹ See *Leshner, supra*, at p. D/188.

³⁰ Eg., *Vogel, supra*, at pp. 98-100.

²⁹ V. *Leshner, supra*, à la p. D/188.

³⁰ Par exemple *Vogel, supra*, aux p. 98 à 100.

situated test is not the only legal impediment to the success of this appeal. Correlatively, by arguing similarity of relationships the appellants run afoul of the “irrelevancy” component of the discrimination test set out in *Andrews*. In rejecting the similarly situated test, the Supreme Court has defined inequality in terms of differential treatment based on “irrelevant personal differences”.³¹

(b) Irrelevant Personal Differences

It will be recalled that in *Andrews*, McIntyre J. held (at page 165) that a person is not to be deprived of a benefit because of a distinction based on irrelevant personal differences.³² On reflection, it is evident that sexual orientation is both relevant and essential to the appellants’ argument. It is the characteristic which makes them similar to an opposite-sex (common law) couple and distinguishes them from other non-spousal relationships.

The significance of the legal requirement that a distinction be based on an irrelevant personal difference cannot be ignored or dispensed with summarily.³³ In my view, it is basic to our present understanding of the law of discrimination under section 15 of the Charter.

The appellants have not argued discrimination because of a distinction based on an irrelevancy.

³¹ See Dale Gibson, “Equality for Some” (1991), 40 *UNB LJ* 2, at p. 13.

³² McIntyre J. also employs the phrase “personal characteristics” at pp. 174-175. La Forest J. refers to “irrelevant personal differences” at p. 193, while utilizing the terms “personal characteristics” and “immutable” at p. 195.

³³ See Dale Gibson, “Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772, at pp. 780-781 & 790; Dale Gibson, “Equality for Some” (1991), 40 *UNB LJ* 2, at p. 13; David W. Elliott, “Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia*: and Section 15(1) of the *Charter*: the Emperor’s New Clothes?”, (1990), 35 *McGill L.J.* 235, at pp. 238, 241, 243, 246; and *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, a decision of the Ontario Court of Justice dated March 17, 1993, not reported, in Southey J., majority judgment, at p. 13 [[1993] O.J. 575 (QL)].

situation analogue n’est pas le seul obstacle juridique au succès de cet appel. Il se trouve qu’en faisant valoir la similitude entre les deux types d’unions, les appelants se sont heurtés à l’élément «non-pertinence» du critère de discrimination établi par l’arrêt *Andrews*. En rejetant le critère de la situation analogue, la Cour suprême a défini l’inégalité en termes de différence de traitement pour cause de «différences personnelles non pertinentes»³¹.

b) Différences personnelles non pertinentes

Il faut se rappeler que dans *Andrews*, le juge McIntyre a jugé (à la page 165), qu’il ne faut pas priver quelqu’un d’un avantage en raison d’une distinction fondée sur des différences personnelles non pertinentes.³² Réflexion faite, il est évident que les tendances sexuelles sont un élément à la fois pertinent et essentiel de l’argumentation des appelants. Elles constituent la caractéristique qui les apparente à un couple de conjoints de fait hétérosexuels et les distingue des autres relations non conjugales.

L’importance de l’impératif juridique, selon lequel la distinction illicite doit être fondée sur une différence personnelle non pertinente, ne peut pas être ignorée ou écartée sommairement³³. À mon avis, cet impératif est fondamental pour notre compréhension actuelle des règles juridiques en matière de discrimination visée par l’article 15 de la Charte.

Les appelants ne se plaignent pas de discrimination par suite de distinction fondée sur une différence non

³¹ Voir Dale Gibson, «Equality for Some» (1991), 40 *UNB LJ* 2, à la p. 13.

³² Le juge McIntyre emploie aussi l’expression «caractéristiques personnelles» à la p. 174 et 175. Le juge La Forest parle de «différences personnelles non pertinentes» à la p. 193, mais emploie les mots «caractéristique personnelle» et «immuable» à la p. 195.

³³ Voir Dale Gibson, «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772, aux p. 780 à 781, et 790; Dale Gibson, «Equality for Some» (1991), 40 *UNB LJ* 2, à la p. 13; David W. Elliott, «Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia*: Section 15(1) of the *Charter*: the Emperor’s New Clothes?», (1990), 35 *McGill L.J.* 235, aux p. 238, 241, 243, 246; et *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, décision en date du 17 mars 1993 de la Cour de justice de l’Ontario, non publiée, jugement majoritaire prononcé par le juge Southey, à la p. 13 [[1993] O.J. 575 (QL)].

Rather, they have identified the distinction in terms of differential treatment being accorded same-sex and opposite-sex couples and then deemed that irrelevant. Consequently, sexual orientation remains highly relevant. Homosexuality does not distinguish a same-sex couple from an opposite-sex one. It is the basis on which the two can be deemed "alike" and, at the same time, the basis on which other non-spousal relationships can be distinguished. If, however, sexual orientation were to remain an irrelevant consideration or criterion, the situation of same-sex couples could be viewed no differently than other non-spousal relationships. Hence, it is apparent that the appellants' claim for spousal benefits represents a fundamental shift in the nature of the rationale underscoring gay and lesbian rights in Canada.

Cases such as *Haig*, discussed *supra*, illustrate that the pursuit of gay and lesbian rights has, until recently, been based on the understanding that sexual orientation must remain an irrelevant consideration when determining access to benefits of general entitlement. The guarantee of equality and freedom from discrimination is clearly tied to the belief that certain personal differences cannot be regarded as a valid criterion of disentitlement.

Indeed, the decriminalization in Canada in 1967 of "homosexual" sexual activity between consenting adults and the decision of a number of provincial legislatures to ban discrimination based on sexual orientation (there are exceptions) was premised on an unarticulated right to privacy and on the belief that it is an irrelevant factor. The legislatures and courts were to remain outside "the bedrooms of the nation". Today, however, we are being invited to adjudicate on evidence solely for the purpose of establishing the similarity between same-sex households and opposite-sex ones.

When placed in this perspective, it is apparent that the Charter, as interpreted in *Andrews*, reflects the rationale originally proffered in support of recogniz-

pertinente, mais de distinction en termes de différence de traitement entre couples homosexuels et couples hétérosexuels, et qu'ils qualifient de non pertinente. En conséquence, les tendances sexuelles demeurent un élément hautement pertinent. L'homosexualité ne distingue pas un couple homosexuel d'un couple hétérosexuel. Elle constitue la base sur laquelle on peut conclure que les deux sont «semblables» et sur laquelle on peut les distinguer des autres relations non conjugales. Si cependant les tendances sexuelles devaient demeurer une considération ou un critère non pertinent, la situation des couples homosexuels ne saurait être distinguée des autres relations non conjugales. Par conséquent, il est manifeste que la prétention des appelants à l'allocation de conjoint représente un changement fondamental dans la conception des droits des gais et des lesbiennes au Canada.

Les causes comme *Haig*, *supra*, montrent que l'affirmation des droits des gais et des lesbiennes est, jusqu'à une date récente, fondée sur le postulat que les tendances sexuelles doivent demeurer une considération non pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer le droit aux bénéfices d'accessibilité générale. La garantie d'égalité et la protection contre la discrimination sont manifestement liées à la conviction que certaines différences personnelles ne peuvent être considérées comme un critère valide d'inadmissibilité.

En effet, la décriminalisation en 1967 au Canada des rapports «homosexuels» entre adultes consentants et la décision prise par certaines assemblées législatives provinciales d'interdire la discrimination fondée sur les tendances sexuelles (il y a des exceptions) étaient fondées sur un droit non déclaré à la protection de la vie privée et sur la conviction que les tendances sexuelles ne sont pas un facteur à prendre en considération. Les assemblées législatives et les tribunaux devaient rester en dehors des «chambres à coucher de la nation». Aujourd'hui cependant, on nous demande de juger sur la foi de témoignages visant exclusivement à établir la similitude entre ménages homosexuels et ménages hétérosexuels.

Il appert que vue sous cet angle et telle qu'elle est interprétée par l'arrêt *Andrews*, la Charte sous-tend la justification avancée à l'origine à l'appui de la recon-

ing gay and lesbian rights in this country.³⁴ That earlier rationale is also compatible with the decision to reject the similarly situated test. One commentator explains the competing views of homosexuality in terms which, in my view, reveal an incisive appreciation of the reasons underlying wide ranging and deeply held differences of opinion and, as well, the varying rationales on which gay and lesbian rights may be premised:³⁵

Views toward those labelled homosexual range from condemnation to pity to indifference to respect. This range also appears in the legal community. Although some courts and commentators are very sympathetic to claims by lesbians and gay men for equal treatment, a substantial portion of the legal community retains negative views of those with minority sexual orientations.

Differing views along these two dimensions—whether sexual orientation is part of identity and whether gay men and lesbians are viewed positively, negatively or neutrally—combine to create four competing conceptions of homosexuality. The “sin” conception views homosexual acts as immoral and wrong; it generally does not ascribe to the view of homosexuality as an intrinsic part of identity. The “illness” viewpoint similarly sees homosexuality negatively; this framework, however, sees it as part of the affected individual’s personality, albeit a potentially curable component. The “neutral difference” approach, like the illness approach, embraces the concept of sexual orientation as identity but views it merely as a difference that should not be a basis for discriminatory treatment. Finally, the “social construct” conception rejects categorizing individuals by sexual orientation and views same-sex acts and relationships as not materially different from opposite-sex ones.

There is little doubt that the “neutral difference” model, outlined above, is reflected in the Supreme Court’s interpretation of the Charter adopted in *Andrews*. In effect, the appellants argue that the Charter should mirror the “social construct” model, which is at some distance from the reasoning of the Supreme Court in *Andrews*. There it was held that non-citizens constitute a “discrete and insular” minority not to be denied access to employment solely because of an irrelevant personal difference—

³⁴ Parliament decided against express Charter protection for gays and lesbians and thus we witness the continuing litigation under s. 15.

³⁵ “Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law” (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509, at pp. 1511-1512.

naissance des droits des gais et des lesbiennes dans ce pays³⁴. Cette justification des débuts est aussi compatible avec la décision de rejeter le critère de la situation analogue. Un auteur commente les vues opposées sur l’homosexualité en ces termes qui, à mon avis, révèlent une parfaite compréhension des raisons qui expliquent le large éventail d’opinions profondément ressenties ainsi que les différentes justifications sur lesquelles on peut fonder les droits des gais et des lesbiennes³⁵:

[TRADUCTION] L’attitude des gens envers les homosexuels va de la condamnation au respect, en passant par la pitié et l’indifférence. Cette gamme d’attitudes se retrouve aussi chez la basoche. Bien que certains tribunaux et auteurs manifestent une grande sympathie pour la prétention des lesbiennes et des gais à l’égalité de traitement, une partie non négligeable de la basoche nourrit encore des vues négatives à l’égard de ceux dont les tendances sexuelles ne sont pas celles de la majorité.

Les vues divergentes dans ces deux sens—savoir si les tendances sexuelles font partie intégrante de l’identité et si l’attitude envers les gais et les lesbiennes est positive, négative ou neutre—se combinent pour donner lieu à quatre conceptions divergentes de l’homosexualité. Ceux qui y voient un «péché» considèrent les rapports homosexuels comme immoraux et répréhensibles; dans l’ensemble ils ne souscrivent pas à la vue que l’homosexualité est un élément intrinsèque de l’identité. De même, ceux qui y voient une «maladie» ont une vue négative de l’homosexualité; ils la considèrent cependant comme un élément de la personnalité du sujet, encore qu’elle soit un élément guérissable. La théorie de la «différence neutre», tout comme la théorie de la maladie, considère les tendances sexuelles comme un élément de la personnalité, mais n’y voit qu’une différence qui ne devrait pas faire l’objet d’un traitement discriminatoire. Enfin, les tenants de la théorie de la «convention sociale» rejettent la catégorisation des gens par les tendances sexuelles et ne voient guère de différence entre relations et rapports homosexuels et hétérosexuels.

Il n’y a guère de doute que la théorie de la «différence neutre» ci-dessus se retrouve dans l’interprétation que la Cour suprême a donnée de la Charte dans *Andrews*. Pour leur part, les appelants tiennent que la Charte devrait incorporer la théorie de la «convention sociale», ce qui s’écarterait plutôt du raisonnement tenu par la Cour suprême dans *Andrews*. Il y a été jugé que les non-citoyens constituent une minorité «discrete et isolée» qui ne devrait pas se voir refuser l’accès aux emplois en raison d’une différence personnelle non

³⁴ Le législateur a décidé de ne pas prévoir expressément dans la Charte la protection des gais et des lesbiennes, ce qui fait que nous continuons à voir des litiges concernant l’art. 15.

³⁵ «Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law» (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509, aux p. 1511 et 1512.

citizenship. The present law, as I understand it, dictates that sexual orientation is neither a valid criterion of disentanglement, nor a valid criterion of entitlement. It is not a criterion of any sort. Rather, it must be regarded as an irrelevant personal difference.

To the extent that the *Andrews v. Law Society of British Columbia* decision defines discrimination in terms of a distinction based on an irrelevant personal difference, and has ruled out the application of the similarly situated test, the appellants' claim that the definition of "spouse" in section 2 of the Act is discriminatory must fail.

Despite the foregoing conclusion, I propose to deal with the general issue of discrimination. It may well be that my understanding of *Andrews* is mistaken. Moreover, the fact that spousal status is a condition precedent to receipt of a benefit does not preclude a finding of discrimination on the basis of sexual orientation *simpliciter*. As is well known, discrimination can occur either directly (intentional) or indirectly (unintentional) and is to be measured in terms of the adverse impact which the legislation has on those affected by the impugned legislation.

2. DISCRIMINATION

Subject to considerations outlined below, the discrimination test in *Andrews* is as follows (at page 165):

... the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another. [Emphasis is mine.]

The immediate task is to assess the unintended impact of the failure of Parliament to extend the spouse's allowance program to same-sex couples and to determine whether the consequences constitute discrimination. Before pursuing that part of the analysis, there are two outstanding issues to be addressed. One is to determine the relevance, if any, of the fact that members of the disadvantaged group are not the only persons denied a benefit. The other is concerned with the basis on which we resolve whether a distinction is based on spousal status as opposed to sexual orientation. As noted above, it is extremely important

pertinente, la citoyenneté. La règle de droit en vigueur prescrit, si je ne m'abuse, que les tendances sexuelles ne sont un critère valide ni d'admissibilité ni d'inadmissibilité. Elles ne sont un critère de quoi que ce soit. Il faut plutôt y voir une différence personnelle non pertinente.

À la lumière de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* qui définit la discrimination en termes de distinction fondée sur une différence personnelle non pertinente et exclut l'application du critère de la situation analogue, l'argument des appelants que la définition de «conjoint» à l'article 2 de la Loi est discriminatoire, doit être rejeté.

Malgré cette conclusion, je me propose d'examiner la question de la discrimination en général. Il se peut que j'interprète mal l'arrêt *Andrews*. D'ailleurs, le fait que le statut de conjoint est une condition nécessaire pour l'obtention d'un bénéfice n'exclut pas un verdict de discrimination pour cause de tendances sexuelles en soi. Comme chacun sait, la discrimination peut être soit directe (intentionnelle) soit indirecte (involontaire); elle doit se mesurer en fonction de l'effet négatif de la loi contestée sur ceux qui sont soumis à son application.

2. DISCRIMINATION

Sous réserve des considérations exposées ci-après, le critère de la discrimination est défini par l'arrêt *Andrews* comme suit (à la page 165):

... selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre. [C'est moi qui souligne.]

Il échet donc d'examiner l'effet non intentionnel du défaut du législateur d'étendre le programme de l'allocation de conjoint aux couples homosexuels et de décider si les conséquences en sont discriminatoires. Avant de passer à cette phase de l'analyse, il faut cependant régler deux autres questions. Il s'agit en premier lieu de déterminer la pertinence, si pertinence il y a, du fait que les membres du groupe défavorisé ne sont pas les seules personnes privées du bénéfice. La seconde question qui se pose est de savoir sur quelle base nous devons décider si une distinction est fondée sur le statut de conjoint et non pas

to recognize that a finding of discrimination on the basis of sexual orientation is not automatically precluded because a criterion of entitlement is spousal status. There can be instances where the claimant will not be asserting the relevance of his or her sexual orientation as a basis of entitlement. I shall deal with this issue first.

(a) Spousal Status v. Sexual Orientation

I take it for granted that discriminatory laws cannot be rendered immune from challenge merely because legislators have chosen to limit access to a benefit by prescribing conditions precedent (e.g., spousal status) which on their face are benign.³⁶ The following hypothetical, albeit an extreme one, illustrates my point.

Assume that a drug effective in the treatment of AIDS is discovered, but that it can only be produced in small quantities such that there is an immediate shortage. Assume also that the drug is extremely expensive and, thus, the state is required to intervene. It does so by establishing a drug program in which all married persons, as well as common law spouses, and their children are entitled to receive the drug at no cost. All others must pay the full cost.

In such circumstances, I cannot imagine a court preempting a challenge under subsection 15(1) of the Charter simply because the criterion of entitlement is expressed in terms of spousal status. Hence, attention would have to focus on whether the intent and/or effect of the legislation is to discriminate against homosexuals on the basis of sexual orientation. As a claimant's personal relationship with another, homosexual or otherwise, is irrelevant to that determination neither the similarly situated test, nor the relevancy component of the definition of discrimination, are applicable. Discrimination on the basis of spousal

³⁶ The notion that sexual orientation and spousal status are somehow linked does have a legal basis (see *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (C.A.), per Marceau J.A., at p. 37, aff'd [1993] 1 S.C.R. 554, per Lamer C.J., at p. 581, where the link between family status and sexual orientation is established).

sur les tendances sexuelles. Comme noté *supra*, il est extrêmement important de noter qu'un verdict de discrimination pour cause de tendances sexuelles n'est pas automatiquement exclu du fait qu'une condition d'admissibilité est la qualité de conjoint. Il peut y avoir des cas où la partie demanderesse ne fait pas valoir ses tendances sexuelles comme fondement de son admissibilité. Je vais examiner tout d'abord cette question.

a) Statut de conjoint et tendances sexuelles

Je pars du principe que les lois discriminatoires ne peuvent être rendues inattaquables du seul fait que le législateur a choisi de limiter l'admissibilité à un bénéficiaire en prescrivant des conditions préalables (par exemple le statut de conjoint) qui sont en soi bénignes³⁶. Le cas de figure suivant, bien qu'il soit poussé à l'extrême, peut servir d'illustration.

Supposons qu'un médicament efficace contre le sida soit découvert, mais qu'il ne puisse être produit qu'en petite quantité et qu'il y ait donc une pénurie dans l'immédiat. Supposons aussi que ce médicament soit extrêmement coûteux et que, de ce fait, l'État soit obligé d'intervenir. Il le fait en mettant sur pied un programme de subvention à l'achat du médicament, par lequel tous les gens mariés, les conjoints de fait et leurs enfants reçoivent le médicament gratis. Tous les autres doivent en payer intégralement le prix.

Dans ces conditions, je ne peux imaginer qu'un tribunal déclare irrecevable une contestation fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte, par ce seul motif que l'admissibilité est subordonnée à la qualité de conjoint. Il s'ensuit qu'il faut focaliser l'attention sur la question de savoir si la loi en cause a pour but ou pour effet de distinguer les homosexuels en raison de leurs tendances sexuelles. Étant donné que les relations personnelles entre le demandeur (ou la demanderesse) avec une autre personne, qu'elles soient homosexuelles ou non, n'ont rien à voir avec la solution de la question, ni le critère de la situation ana-

³⁶ L'idée qu'il y a un certain lien entre les tendances sexuelles et les relations conjugales a effectivement un fondement juridique (Voir *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.), le juge Marceau, à la p. 37, conf. par [1993] 1 R.C.S. 554, motifs prononcés par le juge en chef Lamer, en p. 581, où le lien entre la situation de famille et les tendances sexuelles est établi).

status will be ruled out provided the consequences of the impugned legislation are such that claimants satisfy the Supreme Court's adverse impact test.

(b) The Relevance of "Other Non-Spousal Relationships"

The above hypothetical brings into question the legal position of those not members of a recognized disadvantaged minority (e.g., those who acquired AIDS through blood transfusions), but who nevertheless would also be denied the benefit. In the instant case, one cannot ignore the fact that the definition of "spouse" found in the Act excludes a broad class of non-spouses. Also excluded are persons cohabiting with another in a non-conjugal relationship. Within this group can be found siblings, friends and relatives. Their relationships are similar to others within the excluded category, both in terms of diversity and interdependency.

Though same-sex couples are subjected to various forms of "invidious" discrimination, it is only proper to ask whether their rights should be determined in isolation of those also affected by the impugned legislation. Certainly, no one would suggest that same-sex couples are more deserving of the spouse's allowance than those whose financial needs may be just as substantial as the appellants, but who fall into another non-spousal category. Hence, we are forced to ask whether the issue of entitlement can be restricted to a particular group (same-sex couples) within the excluded category. The appellants' response to this question is brief (appellants' factum, at page 20):

Whether Parliament would be required to extend the benefit beyond homosexual couples to others such as siblings or parent or child is not before the Court and may depend in part on whether family status is a prohibited ground of discrimination and if so what it means.

I do not find this response persuasive for two reasons. The first is a matter of precedent. In *Andrews*,

logue ni l'élément non-pertinence de la définition de discrimination n'est applicable. Il sera jugé qu'il n'y a pas discrimination fondée sur la qualité de conjoint, à condition que les conséquences de la loi contestée soient telles que les demandeurs satisfont au critère de l'effet défavorable que définit la Cour suprême.

(b) La pertinence des «autres relations non conjugales»

Le cas de figure ci-dessus jette la lumière sur le statut juridique de ceux qui n'appartiennent pas à une minorité reconnue comme défavorisée (par exemple ceux qui ont contracté le sida par suite de transfusions sanguines), mais qui n'en sont pas moins privés du bénéfice. En l'espèce, on ne peut ignorer le fait que la définition de «conjoint» dans la Loi exclut un groupe considérable de non-conjoints. Sont également exclues les personnes dont la cohabitation avec d'autres n'a rien de conjugal: frères, sœurs, amis et parents. Leurs relations sont semblables à d'autres dans la catégorie exclue, pour ce qui est à la fois de la diversité et de l'interdépendance.

Il est vrai que les couples homosexuels sont soumis à diverses formes de discrimination «blessante», mais il convient de se demander s'il faut juger de leurs droits séparément de ceux qui sont également touchés par la loi en cause. Certainement, personne ne pourrait dire que les couples homosexuels méritent davantage de recevoir l'allocation de conjoint que ceux dont les besoins financiers sont peut-être tout aussi pressants que ceux des appelants, mais qui appartiennent à une autre catégorie de non-conjoints. Il s'ensuit que nous sommes obligés de nous demander si la question de l'admissibilité peut être limitée à un groupe donné (celui des couples homosexuels) à l'intérieur de la catégorie exclue. La réponse des appelants à cette question est brève (mémoire des appelants, à la page 20):

[TRADUCTION] Cette action ne porte pas sur la question de savoir si le législateur devrait étendre l'allocation, au-delà des couples homosexuels, aux personnes comme les frères et sœurs ou les parents ou les enfants, laquelle question peut dépendre de celle de savoir si la situation de famille est un motif illicite de discrimination et, dans l'affirmative, de savoir ce qu'elle signifie.

Je ne trouve pas cette réponse convaincante pour deux raisons. La première tient à la jurisprudence.

McIntyre J. stated: "Consideration must be given to the content of the law . . . and its impact . . . upon those whom it excludes from its application" (at page 168). My second reason raises what I consider to be a fundamental issue.

To accede to the appellants' argument could, in my opinion, generate an inequality on the basis of sexual orientation. Those disentitled to the benefit, and unable to allege discrimination on that ground, would have no recourse unless able to successfully raise another unenumerated ground of challenge, be it expressed in terms of "family", "spousal" or "marital" status. In the instant case, it is extremely difficult to characterize other non-spousal (relationships) persons as members of a group warranting Charter protection.

If legislation is to be challenged in circumstances where there is more than one group which is denied the benefit, then should not the ground of discrimination be one common to all who come within the excluded category? While I need not answer that question, the response offered by the appellants raises fundamental and unanswered concerns for me. In my view, if differential treatment between the members of two excluded "subgroups" is to be sustained, it is because compelling reasons are offered for extending a benefit to one and not the other. Such compelling reasons must lie in the extent to which the distinction has a disparate and more burdensome impact on one excluded group than another. To me it is axiomatic that courts cannot ignore the fact that others have been excluded and, as well, the effect which the impugned legislation may have on their equality rights. For example, in the drug funding hypothetical I cannot imagine the grounds on which one could ignore the plight of all AIDS sufferers who would be denied the benefit under the legislative scheme.³⁷

³⁷ It may well be that all persons with AIDS could be considered a disadvantaged group, but such a determination would require a reappraisal of the test formulated in *Andrews* and *Turpin*; on this point see Anne F. Bayefsky, "A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: *Andrews*, *Workers' Compensation Reference*, *Turpin*" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 503, at pp. 518-519.

Dans *Andrews*, le juge McIntyre a tiré la conclusion suivante: «Il faut tenir compte du contenu de la loi . . . et de son effet . . . sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application» (à la page 168). La seconde a tient à ce que je considère comme une question fondamentale.

Accueillir l'argument des appelants pourrait, à mon avis, donner lieu à une inégalité tenant aux ten- b dances sexuelles. Ceux qui n'ont pas droit à l'allocation et qui ne peuvent faire valoir la discrimination par ce motif, n'auraient aucun recours à moins qu'ils ne réussissent à faire valoir un autre motif non énuméré, que ce soit en termes de «situation de famille» c ou de «statut de conjoint». En l'espèce, il est extrêmement difficile de caractériser les personnes liées par d'autres relations non conjugales comme membres d'un groupe ayant besoin de la protection d de la Charte.

À supposer que la loi dont il s'agit soit contestée dans un cas où plus d'un groupe sont privés de l'allocation, le motif de discrimination ne devrait-il pas être le même pour tous ceux qui appartiennent à la e catégorie exclue? Bien qu'il ne soit pas nécessaire de répondre à cette question, la réponse proposée par les appelants met au jour des questions fondamentales et non résolues. À mon avis, si on doit maintenir la dif- f férence de traitement entre les membres de deux «sous-groupes» exclus, c'est parce qu'il y a des raisons impérieuses pour accorder l'allocation à un groupe et non pas à l'autre. Ces raisons impérieuses g doivent justifier que la distinction ait un effet disparate et plus onéreux sur un groupe exclu que sur un autre. Il est à mon sens axiomatique que la justice ne h peut ignorer ni le fait que d'autres ont été exclus, ni l'effet que la loi contestée peut avoir sur leurs droits à l'égalité. Par exemple, dans l'hypothèse de la subvention du prix des médicaments *supra*, je ne peux ignorer les motifs qu'on pourrait invoquer pour ignorer le triste sort de tous les sidéens qui seraient privés de la subvention sous le régime établi par la loi³⁷.

³⁷ Il se peut que tous les sidéens puissent être considérés comme appartenant à un groupe défavorisé, mais pareille décision nécessiterait un nouvel examen du critère défini par les arrêts *Andrews* et *Turpin*; voir à ce sujet Anne F. Bayefsky, «A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: *Andrews*, *Workers' Compensation Reference*, *Turpin*», (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 503, aux p. 518 et 519.

In my opinion, where the impugned legislation excludes persons other than those who are members of a particular disadvantaged group, proper consideration must be given to the significance of that reality when deciding whether the impact of a distinction is discriminatory. Legislation denying benefits to members of another group may detract from a finding of discrimination contrary to subsection 15(1) of the Charter. It may reveal that one is not dealing with a benefit freely accorded all others in society and, hence, the impact of the legislation might not necessarily have the effect of reinforcing disadvantage or reinforcing disadvantage to the degree necessary to invite judicial intervention.

(c) The Adverse Impact Test

What is the threshold of disadvantage that must be demonstrated before the impugned legislation can be declared discriminatory? It is apparent that there are two conflicting views as to what is sufficient to meet the adverse impact test stated in *Andrews*. In my opinion, only one is consistent with the reasoning in that case.

One approach effectively presumes discrimination once it has been found that a distinction is based on a prohibited ground. The consequences of the denial are not measured, for example, in economic or material terms, but in light of the effect which the denial has in reinforcing existing prejudices suffered by members of an historically disadvantaged group. Most recently, this approach was alluded to in *Knodel*, discussed *supra*, and now by the appellants. In *Knodel* the impact of the legislation was assessed in terms of affecting the claimants' dignity and self-esteem, as well as reinforcing "homophobic" views held by some members of society. What distinguishes this approach from the other is that a finding of discrimination is made without regard to the purposes and objects of the impugned legislation, nor the fact that others may also have been denied the benefit. This approach can be labelled the "abstract" test.

The other approach is a contextual one and requires a full analysis of the immediate impact of the legislation on members of the disadvantaged group, as well as others who are excluded, as measured against the purposes and objects of the legislation. In

À mon avis, dans les cas où la loi en cause exclut des personnes autres que les membres d'un groupe défavorisé particulier, il faut peser l'importance de cette réalité lorsqu'il s'agit de juger si une distinction a un effet discriminatoire. Une loi refusant le bénéfice aux membres d'un autre groupe peut échapper à un verdict de discrimination au regard du paragraphe 15(1) de la Charte. Elle peut montrer qu'il ne s'agit pas d'un bénéfice accordé à tous les autres membres de la collectivité; par conséquent, la loi n'aurait pas nécessairement pour effet d'aggraver le désavantage ou de l'aggraver à un point tel que la justice doit intervenir.

c) Le critère de l'effet défavorable

Quel est le minimum de désavantage qu'il faut démontrer afin que la loi contestée soit jugée discriminatoire? Il appert qu'il y a deux vues opposées quant à ce qu'il faut prouver pour satisfaire au critère de l'effet défavorable, qu'établit l'arrêt *Andrews*. À mon avis, une seule d'entre elles est compatible avec le raisonnement tenu dans cet arrêt.

L'une des deux méthodes consiste à présumer qu'il y a discrimination une fois prouvé qu'il y a distinction fondée sur un motif illicite. Les conséquences de l'exclusion ne sont pas mesurées, par exemple, en termes économiques ou matériels, mais en fonction de son effet pour ce qui est d'aggraver les préjugés dont souffrent déjà les membres d'un groupe traditionnellement défavorisé. Plus récemment, il a été question de cette méthode dans l'arrêt *Knodel, supra*, et elle est maintenant invoquée par les appelants. Dans *Knodel*, l'effet de la loi en cause a été examiné sous l'angle de l'atteinte à la dignité et au respect de soi des demandeurs, ainsi que du renforcement des vues «homophobes» que nourrissent certains individus. Ce qui distingue cette méthode de l'autre, c'est qu'on arrive à un verdict de discrimination sans avoir égard aux buts de la loi en cause, ni au fait que d'autres ont été peut-être privés aussi du bénéfice. On peut qualifier cette approche de critère «abstrait».

L'autre méthode tient compte du contexte et prescrit l'analyse en règle de l'effet immédiat de la loi en cause sur les membres du groupe défavorisé, et aussi sur les autres qui sont exclus, par rapport aux buts de cette loi. En effet, ce que la Cour cherche à détermi-

effect, what the Court is looking for is disadvantage independent of that arising from membership in the group. This interpretation can be labelled the “concrete” test. In my opinion, this is the one mandated by *Andrews*. There it was held that the Charter does not provide for a general guarantee of equality between individuals and groups in a “general or abstract sense” (at pages 163-164) [underlining added]. Moreover, consideration must be “given to the content of the law, to its purpose and impact upon those to whom it applies” (at page 168) [underlining added]. The fairest way of evaluating this conclusion is to examine critically the position advocated by the appellants. It is consistent with the “abstract” test.

(d) The Abstract Test

As I understand the appellants’ argument, the denial of the spousal allowance is discriminatory because it has the effect of reinforcing prejudice endured by a group which historically has been subjected to discriminatory practices. While I can accept readily the latter proposition, there are several legal impediments to this Court arriving at the desired conclusion.

First, this is the very test stated by Madam Justice Wilson in *Andrews*, and restated in *R. v. Turpin* (outlined earlier in these reasons), for establishing whether the protections available under subsection 15(1) of the Charter can be extended to those who show discrimination on analogous grounds. Thus, the appellants’ test has the effect of making the term “discrimination” synonymous with “distinction”. In effect, the appellants ask that we declare those provisions of approximately fifty federal statutes which define rights and obligations on the basis of spousal status as being a violation of subsection 15(1) of the Charter (see respondent’s factum, Appendix C, at pages 34-35). Consequently, whenever a benefit is based on spousal status the legal analysis would have to focus on the reasonableness of the impugned legislation pursuant to section 1 of the Charter. Without question, that result is antithetical to the reasoning advanced in *Andrews*.

Second, and a corollary of the first, the test has the effect of ignoring altogether the content of the law subject to challenge and once again the reasoning adopted by the Supreme Court in *Andrews*. By com-

ner, c’est le désavantage indépendant de l’appartenance au groupe. On peut qualifier cette interprétation de critère «concret». À mon avis, c’est le critère prescrit par l’arrêt *Andrews*. Il y a été jugé que la Charte ne prévoit pas une garantie générale d’égalité entre les individus et entre les groupes dans un «sens général ou abstrait» (aux pages 163 et 164) [soulignement ajouté]. En outre, il faut «tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu’elle vise» (à la page 168) [soulignement ajouté]. Le meilleur moyen d’apprécier cette conclusion est de faire la critique de l’argument proposé par les appelants. Ce moyen est conforme au critère «abstrait».

d) Le critère abstrait

Selon l’argument des appelants tel que je le comprends, le refus d’accorder l’allocation de conjoint est discriminatoire parce qu’il a pour effet de renforcer les préjugés dont est victime un groupe qui a été traditionnellement en butte à la discrimination. Si je n’ai aucun mal à accueillir cet argument, plusieurs obstacles juridiques s’opposent à pareille conclusion de la part de la Cour.

En premier lieu, il s’agit là du critère même défini dans *Andrews* et repris dans *R. c. Turpin* (rappelé *supra*) par Madame le juge Wilson, pour décider si la protection découlant du paragraphe 15(1) peut s’étendre à ceux qui prouvent qu’il y a discrimination fondée sur des motifs analogues. Donc pour les appelants, ce critère revient à faire du terme «discrimination» un synonyme de «distinction». En effet, ils nous demandent de déclarer les dispositions d’une cinquantaine de lois fédérales, qui définissent des droits et obligations en fonction de la qualité de conjoint, contraires au paragraphe 15(1) de la Charte (mémoire de l’intimée, Annexe C, aux pages 34 et 35). En conséquence, dans tous les cas où un bénéfice est fondé sur la qualité de conjoint, l’analyse juridique devrait porter sur le caractère raisonnable de la loi contestée au regard de l’article premier de la Charte. Il est hors de doute que pareil résultat est à l’opposé du raisonnement tenu dans *Andrews*.

En second lieu et comme corollaire de ce qui précède, ce critère a pour effet d’ignorer le contenu de la loi contestée et, partant, le raisonnement tenu par la Cour suprême dans *Andrews*. Par comparaison,

parison, Madam Justice Wilson in *Turpin, supra*, was concerned with the possibility that a determination regarding discrimination based on an unenumerated ground would be based exclusively on an analysis of the impugned legislation. The appellants are asking that the pendulum be moved to the other extreme. Finally, the interpretation of the adverse impact test being offered brings into play the distinct possibility that an inequality between the disadvantaged group and those also excluded by the legislation will be sanctioned.

I turn now to the alternative approach.

(e) The Concrete Test

Arguably, the disadvantage experienced by Captain Birch (see *Haig, supra*, involving constructive dismissal from employment on the ground of sexual orientation) may be said to represent the extreme and, therefore, should not be viewed as establishing the threshold test to be met in all cases. The issue we must face is whether the impact of the impugned legislation can in any reasonable sense meet the test contemplated in *Andrews*. That assessment cannot be made without first examining the reasons underlying Parliament's decision to establish the spouse's allowance program.

I should emphasize that it is not my purpose to engage in a section 1 Charter analysis as to the reasonableness of the legislation. In my view, what we are trying to fathom is whether the Act has a more burdensome impact on same-sex couples having proper regard to the objects of the legislation under consideration.

The Trial judgment offers a concise introduction to the legislative scheme (at page 692):

Provision for the allowance was first enacted by Parliament in 1975 [S.C. 1974-75-76, c. 58]. At that time Parliament addressed the problem frequently faced by aging married couples who found themselves in the position in which one spouse, generally the husband, who was usually the breadwinner in the family unit and who was usually older than his spouse, retired at age 65. The problem was caused by the fact that his wife, who frequently had been the unpaid homemaker, had no income and would not be eligible for the old age pension for a few years, being younger than her retired husband. The unfortunate result was that the income of the two-spouse

Madame le juge Wilson s'est inquiétée dans *Turpin, supra*, de la possibilité qu'une décision en matière de discrimination pour un motif non énuméré soit exclusivement fondée sur une analyse de la loi contestée. Les appelants demandent maintenant qu'on renvoie le pendule à l'autre extrême. Enfin, l'interprétation proposée du critère de l'effet défavorable débouche sur une forte possibilité de consécration judiciaire d'une inégalité entre le groupe défavorisé et ceux qui sont aussi exclus par la loi.

J'en viens maintenant à la méthode opposée.

e) Le critère concret

On peut soutenir que le désavantage subi par le capitaine Birch (voir *Haig, supra*, libération assimilée au renvoi pour cause de tendances sexuelles) représente un cas extrême et ne devrait donc pas définir le critère minimum auquel il faut satisfaire dans tous les cas. La question que nous devons résoudre est de savoir si l'effet de la loi contestée peut raisonnablement satisfaire au critère défini par *Andrews*. On ne peut procéder à cette analyse sans examiner au préalable les motifs qui ont présidé à la décision du législateur d'instituer le programme de l'allocation de conjoint.

Je dois souligner qu'il n'est pas dans mes intentions de me livrer à une analyse du caractère raisonnable de la loi en cause au regard de l'article premier de la Charte. Ce que nous essayons de vérifier, à mon avis, c'est si, eu égard à son but, la Loi impose un fardeau plus lourd aux couples homosexuels.

Le juge de première instance donne un aperçu concis du régime établi par la loi (à la page 692):

Cette allocation a vu le jour par un texte de loi fédéral en 1975 [S.C. 1974-75-76, chap. 58]. À l'époque, le législateur a voulu s'attaquer au problème auquel étaient souvent en proie les couples mariés vieillissants et dont l'un des conjoints, généralement le mari, qui habituellement était le soutien de la famille et était plus âgé que sa femme, prenait sa retraite à l'âge de 65 ans. Le problème tenait à ce que son épouse, qui dans la plupart des cas s'était occupée du ménage, n'avait aucun revenu et n'était pas admissible à la pension de sécurité de la vieillesse pendant quelques années encore, puisqu'elle était plus jeune que son mari retraité. Le triste résultat en était

family unit dropped drastically until the wife reached 65 years of age and became eligible for the old age pension.

que le revenu de la famille se trouvait considérablement réduit jusqu'à ce que la femme atteignît 65 ans et devînt admissible à la pension de sécurité de la vieillesse.

The objective of the spouse's allowance program was elaborated on by the then Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde, who made it clear that this target class of married elderly and near-elderly women, who had jeopardized their own earning potential in order to raise a family, is but one part of the larger class of needy elderly and near-elderly. The spouse's allowance program was never intended to address, by itself, the needs of all elderly and near-elderly persons.³⁸ During the second reading of the 1979 amendment to the *Old Age Security Act* [Bill C-6 (*An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1979, c. 4)], the Honourable Flora MacDonald remarked (see Trial judgment at page 692):

^a L'objectif du programme de l'allocation de conjoint a été expliqué en détail par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de l'époque, l'honorable Marc Lalonde, qui a souligné que cette catégorie cible de femmes mariées âgées qui avaient sacrifié leurs propres possibilités d'emploi pour élever une famille, n'était qu'une composante d'une catégorie plus large de personnes âgées nécessiteuses. ^b Le programme de l'allocation de conjoint n'a jamais visé à pourvoir seul aux besoins de toutes les personnes âgées³⁸. ^c Au cours de la deuxième lecture du texte modificatif de 1979 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [P.L. C-6 (*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1979, ch. 4)], l'honorable Flora MacDonald a fait cette déclaration (voir ^d le jugement de première instance, à la page 692):

Statistics have shown that in 90 per cent of marriages the younger spouse is female and that females live longer than males. These women, who in their younger years remained in the home looking after children, with no access to continuing income or pension plans, are the same women who in their later years too often became the victims of a society which has not yet come to terms with equality in the work place. [*House of Commons Debate*, October 22, 1979, at p. 476].

^e D'après les statistiques, la femme est la plus jeune des conjoints dans 90 p. 100 des ménages, et les femmes vivent plus longtemps que les hommes. Ces femmes qui, dans leur jeunesse, sont restées au foyer sans salaire permanent ni caisse de retraite pour s'occuper des enfants, ce sont celles qui, par la suite, ont trop souvent à se plaindre d'une société qui n'a pas encore appris à respecter l'égalité au travail. [*Débats de la Chambre des communes*, 22 octobre 1979, à la p. 476] ^f

Against this backdrop can it be said that the legislative scheme has a disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples? I think not. Before us is a case in which a benefit has been conferred on a narrow class of persons who can be readily identified and who are in financial need because of a pattern of financial interdependency, characteristic of heterosexual couples, and which cannot in any reasonable way be deemed relevant to same-sex couples or, for that matter, other non-spousal relationships. Moreover, while it might have been argued that the impugned legislation has a more burdensome impact on same-sex couples because it denies a benefit to an economically disadvantaged group *per se*, the appellants led no evidence on this point. In any event, I suspect that such a characterization would be found inapt. It is widely recognized that gay men and lesbi-

^g Peut-on, dans ce contexte, dire que le régime mis en place par la loi impose un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples homosexuels? Je ne le pense pas. En l'espèce, un bénéfice est accordé à une catégorie limitée de gens qui peuvent être facilement identifiés et qui sont dans le besoin en raison d'une vie d'interdépendance financière, qui est la caractéristique des couples hétérosexuels et qui ne peut raisonnablement être réputée celle des couples homosexuels ou, en fait, des autres relations non conjugales. Qui plus est, à supposer qu'on puisse soutenir que la loi contestée impose un fardeau plus ^h lourd aux couples homosexuels du fait qu'elle refuse un avantage à un groupe économiquement faible en soi, les appelants n'ont produit aucun témoignage ou ⁱ preuve à ce sujet. Quoi qu'il en soit, je pense que pareille caractérisation serait jugée non fondée. Il est

³⁸ *House of Commons Debates*, June 6, 1975, at pp. 6542-6543.

³⁸ *Débats de la Chambre des communes*, 6 juin 1975, aux p. 6542 et 6543.

ans “are found in all geographical areas, social classes, education levels, races, and religions.”³⁹

Can it be said that the restricted scope of the spouse’s allowance program has the effect of perpetuating or reinforcing homophobic views, or of inflicting emotional or psychological harm on same-sex couples, as was contemplated in *Knodel, supra*? Or does the real objection lie in the restricted definition of “spouse” found throughout provincial and federal statutes of which section 2 of the Act is but an example? If the latter question reflects the true source of the controversy then in reality we are confronted with an indirect challenge to the common law and statutory concept of marriage, as reflected in the definition of spouse prescribed by the Act. In my opinion, this is the case before us.

I hasten to add that this appeal does not turn on whether same-sex couples should be legally recognized or whether otherwise qualified same-sex couples should be entitled to benefits available to opposite-sex ones. Undoubtedly, there are those whose expectations exceed the jurisdiction of this Court because they continue to perceive the issue in terms of whether we are prepared to recognize that same-sex couples are no different than opposite-sex ones; that is to say the former deserve equal dignity and therefore equal treatment with the latter. But once again that is not an issue which this Court can address.

In the instant case, it is clear that this Court must limit its inquiry to determining whether the appellants’ equality guarantee under section 15 of the Charter was breached. That inquiry is not to be conducted in a factual vacuum. It is necessarily confined

³⁹ “Development in the Law—Sexual Orientation and the Law” (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509, at p. 1511, note 1. See also *Brown v. British Columbia (Minister of Health), supra*, where it was found that the majority of gay men did not qualify for social assistance payments and therefore unable to obtain an exemption from paying a portion of the cost of the drug AZT.

universellement reconnu que les gais et les lesbiennes [TRADUCTION] «se trouvent dans toutes les régions géographiques, toutes les couches sociales, tous les niveaux d’instruction, toutes les races et toutes les religions»³⁹.

Peut-on dire que le champ d’application restreint du programme de l’allocation de conjoint a pour effet de perpétuer ou de renforcer les vues homophobes, ou de causer un préjudice affectif ou psychologique aux couples homosexuels, comme la question s’est posée dans *Knodel, supra*? Ou la véritable contestation vise-t-elle la définition restrictive de «conjoint» qu’on trouve dans toutes les lois provinciales et fédérales, dont l’article 2 de la Loi n’est qu’un exemple? Si cette dernière question trahit le sens véritable du litige, cela veut dire qu’en réalité nous sommes en présence d’une contestation indirecte de la conception du mariage de la common law et de la loi écrite, telle qu’elle s’exprime par la définition de conjoint dans la Loi. À mon avis, tel est le sens de l’affaire en instance.

Je m’empresse d’ajouter que cet appel ne porte pas sur la question de savoir s’il faut reconnaître légalement les couples homosexuels ou si ces couples, qualifiés à tous autres égards, doivent être admissibles aux bénéfices réservés aux couples hétérosexuels. Sans aucun doute, il y a des gens dont les attentes échappent à la compétence de la Cour parce qu’à leurs yeux, il s’agit toujours de savoir si nous sommes disposés à reconnaître que les couples homosexuels ne sont nullement différents des couples hétérosexuels, c’est-à-dire s’ils ont droit à la même dignité et au même traitement que ces derniers. Mais il s’agit là encore d’une question que la Cour ne peut résoudre.

En l’espèce, il est clair que la Cour doit limiter son examen à la question de savoir s’il y a eu violation de l’égalité que garantit l’article 15 de la Charte aux appelants. Cet examen ne doit pas se faire dans le vide. Il est par la force des choses limité à la question

³⁹ «Development in the Law—Sexual Orientation and the Law» (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509, à la p. 1511 note 1. Voir aussi *Brown v. British Columbia (Minister of Health), supra*, où il été jugé que la majorité des gais n’étaient pas admissibles à l’assistance sociale, donc qu’ils n’avaient pas droit à la subvention du médicament AZT.

to the question of entitlement under the spouse's allowance program and in accordance with the law stated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*.

In my opinion, the denial of the spouse's allowance does not cross the line from "distinction" to "discrimination". The adverse impact test articulated in *Andrews* cannot be unilaterally reformulated by this Court, nor can the applicability of the similarly situated test and the "irrelevancy" criterion be conveniently forgotten. In the words of the Trial Judge: "the [appellants] do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation" (at page 704). I agree. In this regard, this case shares much in common with those which have preceded it.⁴⁰ What we are confronted with is an indirect challenge to the common law and statutory concept of marriage. A direct challenge to that legal concept (spousal status) and the discrimination model outlined in *Andrews* would bring the issue to a head.⁴¹

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. Given the unique history of this litigation, which I need not detail, I have every confidence that the respondent will not pursue the costs to which she is entitled.

de l'admissibilité au bénéficiaire du programme de l'allocation de conjoint, conformément à la règle de droit établie par la jurisprudence *Andrews c. Law Society of British Columbia*.

^a À mon avis, le refus d'accorder l'allocation de conjoint ne franchit pas la ligne de démarcation entre «distinction» et «discrimination». Cette Cour ne saurait modifier unilatéralement le critère de l'effet défavorable qu'a défini l'arrêt *Andrews*; elle ne peut pas non plus écarter l'applicabilité du critère de la situation analogue et celui de la différence «non pertinente». Pour reprendre la conclusion du juge de première instance, «[les appelants] ne peuvent . . . bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles» (à la page 704). Je partage cette conclusion. À cet égard, l'affaire en instance a beaucoup de choses en commun avec celles qui l'ont précédée⁴⁰. Ce dont nous sommes saisis en l'espèce, c'est une contestation indirecte de la conception du mariage de la common law et de la loi écrite. Une contestation directe de ce concept juridique (l'état de personne mariée) et le modèle de discrimination évoqué dans *Andrews* permettraient de résoudre la question une fois pour toutes⁴¹.

^f Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel. Étant donné l'histoire unique de cette affaire, qu'il n'est pas nécessaire de rappeler en détail, j'ai confiance que l'intimée ne demandera pas les dépens auxquels elle a droit.

⁴⁰ See *Andrews v. Ontario (Minister of Health)*, *supra*; *Knodel*, *supra*; *Leshner*, *supra*; and *Vogel*, *supra*.

⁴¹ See *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, *supra*, which held by a majority that the common law limitations of marriage to persons of the opposite sex does not constitute discrimination contrary to s. 15 of the Charter.

⁴⁰ Voir *Andrews v. Ontario (Minister of Health)*, *supra*; *Knodel*, *supra*; *Leshner*, *supra*; et *Vogel*, *supra*.

⁴¹ Voir *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, *supra*, où il a été jugé à la majorité que la limitation en common law du mariage aux personnes de sexe opposé ne constitue pas une discrimination au regard de l'art. 15 de la Charte.

T-83-93

T-83-93

Steve Hutchins (Applicant)**Steve Hutchins (requérant)**

v.

c.

The Canadian National Parole Board, Keith Morgan and Michel Frappier (Respondents)**a La Commission nationale des libérations conditionnelles, Keith Morgan et Michel Frappier (intimés)**

and

b et**Fred Gibson and the Attorney General of Canada (Mis en cause)****Fred Gibson et Le procureur général du Canada (mis en cause)****INDEXED AS: HUTCHINS v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T.D.)****c RÉPERTORIÉ: HUTCHINS c. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Dubé J.—Montréal, April 27; Ottawa, May 14, 1993.*

Section de première instance, juge Dubé—Montréal, 27 avril; Ottawa, 14 mai 1993.*

Parole — Application for order requiring parole hearing “by exception for the purposes of deportation” — Parole Regulations, s. 11.1(1)(e), exempting inmate subject of deportation order from application of provisions governing minimum term to be served before parole granted, repealed November 1, 1992 — Applicant convicted of narcotics charges in Canada after extradition from U.S.A. — On October 20 signed affidavit admitting member of inadmissible class, subject to deportation, waived rights to inquiry, requested issuance of deportation order — Minister ordering inquiry — Deportation order issued November 18, earliest available inquiry date — Request for parole hearing denied as not meeting requirements of s. 11.1(1)(e) until after repealed — Application allowed — Applicant had “accruing” right to parole review under Regulations that survived repeal — “Right” of any federal inmate falling within s. 11.1(1)(e) to parole hearing at issue — Right particular to applicant established as availed himself of possibility presented by exception in s. 11.1(1)(e) — Acted upon right sufficiently to warrant protection.

d Libération conditionnelle — Demande d’une ordonnance accordant une audience en vue de l’octroi d’une libération conditionnelle «à titre exceptionnel pour fins d’expulsion» — Abrogation le 1^{er} novembre 1992 de l’art. 11.1(1)e du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, qui soustrait les détenus visés par une mesure d’expulsion de l’application des dispositions régissant la peine d’emprisonnement minimale à purger avant l’octroi d’une libération conditionnelle — Le requérant a été reconnu coupable de trafic de stupéfiant au Canada après avoir été extradé des États-Unis — Le 20 octobre, il a signé un affidavit reconnaissant qu’il appartenait à une catégorie non admissible, passible d’expulsion; il a renoncé à ses droits à une enquête et a demandé la prise d’une mesure d’expulsion à son endroit — Le ministre a ordonné la tenue d’une enquête — La mesure d’expulsion a été prise le 18 novembre, première date d’audience disponible — La demande d’audience en vue de l’octroi d’une libération conditionnelle a été refusée parce que le requérant n’avait pas satisfait aux exigences de l’art. 11.1(1)e avant son abrogation — Demande accueillie — Le requérant avait un droit «naissant» à une telle audience en vertu d’une disposition réglementaire survivant à l’abrogation — Le point en litige était le «droit» de tout détenu fédéral visé par l’art. 11.1(1)e à une audience en vue de l’octroi d’une libération conditionnelle — Le droit particulier du requérant a été établi car il s’était prévalu de la possibilité présentée par l’exception prévue à l’art. 11.1(1)e — Il a donné suffisamment suite au droit pour justifier une protection.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Person having criminal record in U.S.A. extradited to stand trial in Canada — Convicted, imprisoned for narcotics offences in Canada — Admitting member of inadmissible class, waiving right to inquiry, asking

i Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Individu ayant un casier judiciaire aux États-Unis extradé au Canada pour subir un procès — Individu déclaré coupable et incarcéré pour avoir commis au Canada une infraction liée à des stupéfiants — A reconnu qu’il

* Editor’s Note: This decision has been set aside in reasons for judgment of the Federal Court of Appeal reported at [1993] 3 F.C. 505.

* Note de l’arrêstiste: Cette décision a été infirmée dans les motifs du jugement de la Cour d’appel fédérale publiés dans [1993] 3 C.F. 505.

for deportation — Minister ordering inquiry — Same held, convict's deportation ordered after date legislation exempting convicts under deportation order from serving minimum time before parole granted repealed — Whether convict had "accruing" right to parole review — Had taken all procedural steps to obtain deportation order — No question convict member of inadmissible class — Adjudicator had no discretion not to issue deportation order.

This was an application for *mandamus* with *certiorari* in aid ordering the respondents to comply with the mandatory statutory requirements arising from the former *Parole Act* and *Parole Regulations*, paragraph 11.1(1)(e) and to grant the applicant a hearing for parole "by exception for the purposes of deportation". Paragraph 11.1(1)(e) exempted an inmate who was the subject of a deportation order that required the inmate be detained until deported, from the application of provisions governing the minimum term to be served before parole could be granted. The applicant had been extradited from the U.S.A. to stand trial in Canada. Because he had a criminal record in the U.S.A., a Minister's permit was required for him to enter Canada. On October 13, 1992 he was convicted and sentenced for conspiracy to traffic in a narcotic. On October 20 he signed an affidavit admitting that he was a member of an inadmissible class and subject to deportation, waived his rights to an inquiry, and asked that a deportation order be issued against him before November 1. The *Parole Act* and Regulations were repealed November 1, and the replacement for paragraph 11.1(1)(e), *Corrections and Conditional Release Act*, paragraph 121(1)(d), did not provide for parole by exception for the purposes of deportation. Despite the waiver, the Minister ordered that an inquiry be held. The earliest possible hearing date was November 18, at which time a deportation order issued. The request for a parole hearing was denied because the applicant did not meet the requirements of paragraph 11.1(1)(e) until November 18.

Interpretation Act, paragraph 43(c) provides that the repeal of an enactment does not affect any rights accrued or accruing under the repealed enactment. The applicant argued that his right to a hearing survived repeal because he had an "accruing right" to a hearing which was not affected by the repeal of the former Act and Regulations. Everything took place before November 1 except the hearing. The respondents argued that, as of November 1, the applicant was not "the subject of a deportation order under the Immigration Act" and therefore did not meet the conditions for a hearing under paragraph

appartenait à une catégorie non admissible, a renoncé à son droit à une enquête et a demandé à être expulsé — Le ministre a ordonné la tenue d'une enquête — L'enquête a été tenue, l'expulsion de l'individu a été ordonnée après la date d'abrogation de la disposition législative dispensant les condamnés frappés d'une mesure d'expulsion d'avoir à purger une peine d'emprisonnement minimale avant d'avoir droit à une libération conditionnelle — Question de savoir si le détenu jouissait d'un droit «naissant» à un examen en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle — Toutes les étapes procédurales ont été franchies pour obtenir une mesure d'expulsion — Le détenu appartenait incontestablement à une catégorie non admissible — L'arbitre n'avait pas d'autre choix que de prendre une mesure d'expulsion.

Il s'agissait d'une demande visant à obtenir un bref de *mandamus* assorti d'un bref de *certiorari* ordonnant aux intimés de se conformer aux exigences légales impératives émanant de l'ancienne *Loi sur la libération conditionnelle* et de l'alinéa 11.1(1)e) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, et d'accorder au requérant une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle «à titre exceptionnel pour fins d'expulsion». L'alinéa 11.1(1)e) accordait à un détenu, visé par une mesure d'expulsion exigeant qu'il reste incarcéré jusqu'à son expulsion, une dispense de l'application des dispositions régissant la peine d'emprisonnement minimale à purger avant qu'une libération conditionnelle puisse lui être accordée. Le requérant avait été extradé des États-Unis pour subir un procès au Canada. Comme il avait un casier judiciaire aux États-Unis, il était nécessaire de délivrer un permis ministériel pour lui permettre d'entrer au Canada. Le 13 octobre 1992 il a été déclaré coupable et condamné pour avoir complété en vue de faire le trafic d'un stupéfiant. Le 20 octobre, il a signé un affidavit reconnaissant qu'il appartenait à une catégorie non admissible et qu'il était passible d'une mesure d'expulsion, il a renoncé à ses droits à une enquête et a demandé qu'une mesure d'expulsion soit prise à son endroit avant le 1^{er} novembre. La *Loi sur la libération conditionnelle* et le *Règlement* y afférent ont été abrogés le 1^{er} novembre, et la disposition qui a remplacé l'alinéa 11.1(1)e), l'alinéa 121(1)d) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, ne prévoyait pas l'octroi de la libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion. Malgré la renonciation, le ministre a ordonné la tenue d'une enquête. La première date d'audience disponible était le 18 novembre 1992, date à laquelle l'expulsion du requérant a été prononcée. La demande d'audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle a été refusée parce que le requérant n'avait pas satisfait aux exigences de l'alinéa 11.1(1)e) avant le 18 novembre.

L'alinéa 43c) de la *Loi d'interprétation* dispose que l'abrogation d'un texte de loi ne porte pas atteinte aux droits acquis sous le régime du texte abrogé. Le requérant a fait valoir que son droit à une audience survivait à l'abrogation parce qu'il jouissait d'un droit dit «naissant» à une audience sur lequel l'abrogation de l'ancienne Loi et du règlement y afférent n'avait aucune incidence. Tout s'est déroulé avant le 1^{er} novembre, sauf l'audience. Les intimés ont fait valoir qu'au 1^{er} novembre, le requérant n'était pas «visé par une mesure d'expulsion prise en vertu de la *Loi sur l'immigration*» et qu'il ne

11.1(1)(e). The issue was whether the repeal of paragraph 11.1(1)(e) deprived the applicant of an accruing right to parole review under those Regulations.

Held, the application should be allowed.

Whether a statute continues to have effect beyond its repeal must be determined factually case by case.

Saving provisions such as paragraph 43(c) are substantive rules, as opposed to rules of construction to which recourse is dependent on ambiguity. The question was not whether there was any ambiguity in the provision repealing paragraph 11.1(1)(e), but whether the repeal deprived the applicant of an accruing right to parole review under that paragraph. That determination is a twofold process: there must have been a right at issue, and it must have had a sufficiently advanced "accruing" status prior to or at the time of repeal. Not all of the steps prerequisite to the right's exercise need have been taken prior to repeal for the right to be recognized. As to the first question, any federal inmate falling within the terms of paragraph 11.1(1)(e) was entitled as of right to a parole hearing, although parole might be denied. As to whether a right is acquired, accrued or accruing, one must first establish a particular legal right; and then establish that the right was sufficiently concretized before the repeal of the enactment to justify its protection. In order to establish that the right is particular to the applicant, as opposed to abstract, the individual "must have placed himself in a distinctive legal position". The applicant has satisfied both criteria and is entitled to the relief sought. He has established a right particular to himself. He has availed himself of the possibility presented by the exception in paragraph 11.1(1)(e) and thereby placed himself in the requisite distinctive legal position. He has also met the second criterion of acting upon that right sufficiently to warrant its protection, having gone through all the available procedural steps in order to obtain the deportation order that would perfect his right to parole review, and having applied for parole review. This view was reinforced by *Immigration Act*, subsection 32(6) which provides that where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 27(2), the adjudicator shall make a deportation order. There was no question in light of the applicant's conviction and sentence, that he would be found to be a person described in paragraph 27(2)(a), i.e. a member of an inadmissible class defined at paragraph 19(1)(c). The Adjudicator therefore had no discretion not to issue a deportation order. The process was thus engaged to the fullest extent possible prior to repeal, and its ultimate conclusion predictable. The only reason the applicant was not the subject of a deportation order prior to November 1 and thereby entitled to a parole review as of right was because the earliest available date was November 18. The applicant should not be deprived of his right to parole review on such a ground.

satisfaisait donc pas aux conditions relatives à la tenue d'une audience en vertu de l'exception prévue à l'alinéa 11.1(1)(e). Le point en litige consistait à savoir si l'abrogation dudit alinéa privait le requérant d'un droit naissant à un examen en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle en vertu de ladite disposition.

Arrêt: la demande doit être accueillie.

La question de savoir si l'effet d'une loi se poursuit ou non après l'abrogation de cette dernière doit être déterminée en fonction des faits, au cas par cas.

Les dispositions d'exception comme l'alinéa 43(c) sont des règles de fond, plutôt que des règles d'interprétation auxquelles on recourt en cas d'ambiguïté. La question qui se posait n'était pas de savoir s'il existait une ambiguïté quelconque dans la disposition abrogeant l'alinéa 11.1(1)(e), mais plutôt si l'abrogation privait le requérant d'un droit censément «naissant» à un examen relatif à l'octroi d'une libération conditionnelle en vertu de cette disposition. Cette détermination comporte deux volets: il faut qu'un droit ait été en cause, et ce droit «naissant» doit avoir été suffisamment avancé avant l'abrogation ou au moment de cette dernière. Il n'est pas nécessaire que toutes les mesures préalables à l'exercice du droit ait été prises avant l'abrogation pour que le droit soit reconnu. En ce qui concerne la première question, tout détenu fédéral tombant sous le coup des dispositions de l'alinéa 11.1(1)(e) avait droit à une audience relative à l'octroi d'une libération conditionnelle, même s'il était possible qu'elle lui soit refusée. Quant à la question de savoir si un droit était acquis, ou «naissant», il faut tout d'abord établir l'existence d'un droit juridique particulier et, ensuite, que le droit s'est suffisamment concrétisé avant l'abrogation du texte législatif pour qu'il soit justifié de le protéger. Pour établir que le droit en question s'applique particulièrement au requérant et n'est pas abstrait, «la personne doit s'être placée dans une position juridique distinctive». Le requérant avait satisfait aux deux critères et avait donc droit à la mesure de redressement qu'il sollicitait. Il avait établi l'existence d'un droit particulier à son égard. Il s'était prévalu de la possibilité qu'offre l'exception prévue à l'alinéa 11.1(1)(e) et s'était donc placé dans la position juridique distinctive requise. Il satisfaisait aussi au second critère, soit celui d'avoir suffisamment donné suite à ce droit pour qu'il soit justifié de le protéger, en ayant franchi toutes les étapes procédurales disponibles pour obtenir la mesure d'expulsion qui rendrait parfait son droit à une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle, et ayant en fait demandé une telle audience. Cette opinion était soutenue par le paragraphe 32(6) de la *Loi sur l'immigration*, qui dispose que si un arbitre conclut qu'une personne ayant fait l'objet d'une enquête relève d'un des cas visés par le paragraphe 27(2), l'arbitre prendra une mesure d'expulsion à son endroit. Il ne faisait aucun doute, vu la condamnation du requérant et la peine qui lui avait été imposée, qu'il serait considéré comme une personne décrite à l'alinéa 27(2)(a), c'est-à-dire un membre d'une catégorie non admissible définie à l'alinéa 19(1)(c). L'arbitre n'avait donc pas la discrétion de faire autrement que de prendre une mesure d'expulsion à son endroit. Le processus était par conséquent enclenché au maximum avant l'abrogation, et sa conclusion ultime était

prévisible. L'unique raison pour laquelle le requérant n'avait pas été frappé d'une mesure d'expulsion avant le 1^{er} novembre et, de ce fait, n'avait pas eu droit à une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle était que la première date d'audience disponible était le 18 novembre. Le requérant ne devrait pas être privé pour une telle raison d'une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 121(1)(d), 213. **b**
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 61).
Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23.
Fugitive Offenders Act, R.S.C., 1985, c. F-32.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c), 27(2)(a), 32(6), 37(1)(a). **c**
Interpretation Act, R.S.C. 1952, c. 158.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 35(c).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 43(c).
Medical Profession Act, 1981, S.S. 1980-81, c. M-10.1. **d**
Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2 (rep. by S.C. 1992, c. 20, s. 213).
Parole Regulations, SOR/78-428, s. 11.1(1)(e) (as enacted by SOR/79-88, s. 3; 86-817, s. 3; 91-563, s. 7; rev. by SOR/92-620, s. 1). **e**

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kleifges (In re) and in re Citizenship Act, [1978] 1 F.C. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (T.D.); *Re Strata Plan VR 29 (Owners) and Registrar Vancouver Land Registration et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 528; [1978] 6 W.W.R. 557 (B.C.S.C.); *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 1 (Ex. Ct.); *Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario* (1981), 32 O.R. (2d) 240; 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] CTC 120 (C.A.); *Scott v. College of Physicians and Surgeons (Saskatchewan)*, [1993] 1 W.W.R. 533 (Sask. C.A.).

DISTINGUISHED:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Venne v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880; (1989), 95 N.R. 335; 24 Q.A.C. 162; 4 R.P.R. (2d) 1; *Attorney General of Québec v. Expropriation Tribunal et al.*, [1986] 1 S.C.R. 732; (1986), 66 N.R. 380. **i**

CONSIDERED:

Ford v. National Parole Board, [1977] 1 F.C. 359; (1977), 33 C.C.C. (2d) 230 (T.D.). **j**

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 61).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43c).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1952, ch. 158.
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, ch. I-23, art. 35c).
Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2 (abrogée par L.C. 1992, ch. 20, art. 213).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. (1992), ch. 20, art. 121(1)d), 213.
Loi sur les criminels fugitifs, L.R.C. (1985), ch. F-32.
Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(c), 27(2)a), 32(6), 37(1)a). **d**
Medical Profession Act, 1981, S.S. 1980-81, ch. M-10.1.
Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, DORS/78-428, art. 11.1(1)e) (édité par DORS/79-88, art. 3; 86-817, art. 3; 91-563, art. 7; abrogé par DORS/92-620, art. 1). **e**

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Kleifges (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté, [1978] 1 C.F. 734; (1978), 84 D.L.R. (3d) 183 (1^{re} inst.); *Re Strata Plan VR 29 (Owners) and Registrar Vancouver Land Registration et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 528; [1978] 6 W.W.R. 557 (C.S.C.-B.); *Merck & Co. Inc. v. S. & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 1 (C. de l'É.); *Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario* (1981), 32 O.R. (2d) 240; 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] CTC 120 (C.A.); *Scott v. College of Physicians and Surgeons (Saskatchewan)*, [1993] 1 W.W.R. 533 (C.A. Sask.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880; (1989), 95 N.R. 335; 24 Q.A.C. 162; 4 R.P.R. (2d) 1; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation et autres*, [1986] 1 R.C.S. 732; (1986), 66 N.R. 380. **h**

DÉCISION EXAMINÉE:

Ford c. La Commission nationale des libérations conditionnelles, [1977] 1 C.F. 359; (1977), 33 C.C.C. (2d) 230 (1^{re} inst.).

REFERRED TO:

Grar v. Canada (Minister of Employment and Immigration), IMM-1480-93, MacKay J., order dated 29/4/93, F.C.T.D., not yet reported.

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATION for *mandamus* with *certiorari* in aid ordering the respondents to comply with the mandatory statutory requirements arising from the former *Parole Act* and *Parole Regulations*, paragraph 11.1(1)(e) and to grant the applicant a hearing for parole "by exception for the purposes of deporation". Application allowed.

COUNSEL:

Milton Hartman and *David H. Linetsky* for applicant.
David Lucas for respondents.

SOLICITORS:

Linetsky, Hartman, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

DUBÉ J.: This applicant and seven other inmates seek a *mandamus* with *certiorari* in aid ordering the respondents to comply with the mandatory statutory requirements arising from the former *Parole Act*¹ and *Parole Regulations* paragraph 11.1(1)(e) thereunder² and to grant the applicants a hearing for parole "by exception for the purposes of deportation". Paragraph 11.1(1)(e) reads:

¹ R.S.C., 1985, c. P-2, repealed by s. 213 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20.

² SOR/78-428 (as enacted by SOR/79-88, s. 3; as am. by SOR/86-817, s. 3; 91-563, s. 7; revoked by SOR/92-620, s. 1.

DÉCISION CITÉE:

Grar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), IMM-1480-93, juge MacKay, ordonnance datée du 29-4-93, C.F. 1^{re} inst., décision encore inédite.

DOCTRINE

Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2^e éd. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

DEMANDE d'un bref de *mandamus* assorti d'un bref de *certiorari* ordonnant aux intimés de se conformer aux exigences légales impératives émanant de l'ancienne *Loi sur la libération conditionnelle* et de l'alinéa 11.1(1)(e) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, et d'accorder au requérant une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle «à titre exceptionnel pour fins d'expulsion». Demande accueillie.

AVOCATS:

Milton Hartman et *David H. Linetsky* pour le requérant.
David Lucas pour les intimés.

PROCUREURS:

Linetsky, Hartman, Montréal, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE DUBÉ: Le requérant et sept autres détenus sollicitent un bref de *mandamus* assorti d'un bref de *certiorari* ordonnant aux intimés de se conformer aux exigences légales impératives émanant de l'ancienne *Loi sur la libération conditionnelle*¹ et de l'ancien alinéa 11.1(1)(e) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* y afférent² et de leur accorder une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle [TRADUCTION] «à titre exceptionnel pour fins d'expulsion». Le texte de l'alinéa 11.1(1)(e) est le suivant:

¹ L.R.C. (1985), ch. P-2, abrogée par l'art. 213 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20.

² DORS/78-428 (édicte par DORS/79-88, art. 3; mod. par DORS/86-817, art. 3; 91-563, art. 7; abrogé par DORS/92-620, art. 1.

11.1 (1) Subject to subsection (2), sections 5 and 9 do not apply to an inmate

11.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), les articles 5 et 9 ne s'appliquent pas à un détenu:

(e) who is the subject of a deportation order under the Immigration Act, an order to be surrendered under the Extradition Act or an order for return under the Fugitive Offenders Act, where the order requires that the inmate be detained until deported, surrendered or returned, as the case may be.³ [Emphasis added.]

e) qui est visé par une mesure d'expulsion prise en vertu de la Loi sur l'immigration, par un arrêté d'extradition pris en vertu de la Loi sur l'extradition ou par une ordonnance de renvoi prise en vertu de la Loi sur les criminels fugitifs, exigeant qu'il reste incarcéré jusqu'à son expulsion, son extradition ou son renvoi, selon le cas.³. [Je souligne.]

It should be specified at the outset that, by agreement between the parties, these reasons will apply *mutatis mutandis* to all eight co-applicants,⁴ in respect to whom the facts relevant to the present application are identical in all material respects.

b Il faut préciser au départ qu'avec l'assentiment des parties, les présents motifs s'appliqueront *mutatis mutandis* aux huit corequérants⁴, pour lesquels les faits pertinents à la présente demande sont identiques.

1. The facts

1. Les faits

On or about August 16, 1992, the applicant and seven other Americans sought for their involvement in a plan to import a large quantity of hashish into Canada were brought to the Canada-U.S. border pursuant to extradition orders issued against them. Because the applicant had a criminal record in the United States, a Minister's permit had to be issued under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration Act*⁵ in order to permit him entry into Canada. On October 13, 1992, he pleaded guilty to conspiracy to traffic in a narcotic under subsection 465(1) of the *Criminal Code*,⁶ and was sentenced to a penitentiary term of eight and a half years' imprisonment.⁷

d Le ou vers le 16 août 1992, le requérant et sept autres Américains recherchés pour avoir participé à un projet visant à importer une quantité considérable de haschich au Canada ont été amenés à la frontière du Canada et des États-Unis par suite des arrêtés d'extradition pris contre eux. Comme le requérant avait un casier judiciaire aux États-Unis, il était donc nécessaire de délivrer un permis ministériel visé à l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration*⁵ pour lui permettre d'entrer au Canada. Le 13 octobre 1992, le requérant se reconnaissait coupable d'avoir comploté en vue de faire le trafic d'un stupéfiant aux termes du paragraphe 465(1) du *Code criminel*⁶, et il était condamné à une peine d'emprisonnement de huit ans et demi dans un pénitencier⁷.

On October 20, 1992, the applicant was informed by his attorneys that the *Parole Act* and its Regulations were to be repealed November 1, 1992, and that paragraph 11.1(1)(e) of the *Parole Regulation* was to

g Le 20 octobre 1992, les avocats du requérant l'ont informé que la *Loi sur la libération conditionnelle* et le Règlement y afférent seraient abrogés le 1^{er} novembre 1992 et que l'alinéa 11.1(1)e) du

³ S. 5 of the Regulations provided that subject to s. 11.1, an inmate must serve the lesser of one-third of the term of imprisonment imposed or seven years before full parole may be granted. S. 9 reduced the minimum obligatory term to be served prior to eligibility for day parole.

⁴ *Desautels* (T-84-93), *Peryea* (T-86-93), *Koski* (T-87-93), *Beaudry* (T-88-93), *Mayo* (T-89-93), *Carr* (T-90-93), *Greer* (T-91-93).

⁵ R.S.C., 1985, c. I-2.

⁶ R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 61).

⁷ Sentences imposed on the seven co-applicants range from two and a half to eight and a half years.

³ L'art. 5 du Règlement prévoyait que, sous réserve de l'art. 11.1, un détenu devait purger le moindre du tiers de la peine d'emprisonnement imposée ou d'une période de sept ans avant qu'une libération conditionnelle totale soit accordée. L'art. 9 réduisait la période obligatoire minimale à purger avant d'être admissible à la semi-liberté.

⁴ *Desautels* (T-84-93), *Peryea* (T-86-93), *Koski* (T-87-93), *Beaudry* (T-88-93), *Mayo* (T-89-93), *Carr* (T-90-93) et *Greer* (T-91-93).

⁵ L.R.C. (1985), ch. I-2.

⁶ L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 61).

⁷ Les peines imposées aux sept corequérants varient de deux ans et demi à huit ans et demi.

be replaced, in effect, by paragraph 121(1)(d) of the *Corrections and Conditional Release Act*, which does not provide for parole by exception for the purposes of deportation.⁸

That same day, the applicant signed an affidavit admitting that he was a member of an inadmissible class under paragraph 19(1)(c) and therefore subject to an immigration inquiry under paragraph 27(2)(a) of the *Immigration Act*, waived his rights to an inquiry, and asked that a deportation order be issued against him before November 1, 1992. The Minister of Employment and Immigration ("the Minister") nevertheless ordered that an inquiry be held. On October 26, 1992, through his attorneys, the applicant also made formal application to the respondents, reserving his right to a parole hearing by exception for the purposes of deportation.

Despite considerable efforts by his attorneys to obtain a hearing date before November 1, 1992, the applicant was informed by immigration officials that the earliest possible hearing date available was November 18, 1992. On that date he appeared before an immigration adjudicator who issued a deportation order against him.

On December 22, 1992, the applicant's attorneys were informed by Parole Board officials that the request for a parole hearing could not be granted because the applicant did not meet the requirements of paragraph 11.1(1)(e) until November 18, 1992.

2. The issue

The substantial issue to be resolved in this application is whether the respondents erred in law by deciding, in effect, that the repeal of the *Parole Act* and paragraph 11.1(1)(e) of the *Parole Regulations* as of November 1, 1992 resulted in the loss of the appli-

⁸ S. 121(1)(d) does maintain the exception for persons subject to orders under the *Extradition Act* [R.S.C., 1985, c. E-23] and the *Fugitive Offenders Act* [R.S.C., 1985, c. F-32].

Règlement susmentionné serait en fait remplacé par l'alinéa 121(1)d) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, qui ne prévoit pas l'octroi de la libération conditionnelle à titre ^a exceptionnel pour fins d'expulsion⁸.

Le même jour, le requérant a signé un affidavit reconnaissant qu'il appartenait à une catégorie non admissible visée à l'alinéa 19(1)c) et qu'il pouvait donc faire l'objet d'une enquête en vertu de l'alinéa 27(2)a) de la *Loi sur l'immigration*. Il a renoncé à ses droits à une enquête et il a demandé qu'une mesure d'expulsion soit prise à son endroit avant le 1^{er} novembre 1992. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration («le ministre») a néanmoins ordonné qu'une enquête soit tenue. Le 26 octobre 1992, par l'entremise de ses avocats, le requérant a aussi présenté une demande officielle aux intimés, réservant son droit à une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion.

Malgré les efforts considérables de ses avocats pour obtenir une audience avant le 1^{er} novembre 1992, les autorités de l'immigration ont informé le requérant que la première date d'audience disponible était le 18 novembre 1992. À cette date, le requérant a comparu devant un arbitre de l'immigration, qui a prononcé son expulsion.

Le 22 décembre 1992, la Commission nationale des libérations conditionnelles a informé les avocats du requérant qu'il était impossible d'accueillir sa demande d'audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle parce que leur client n'avait pas satisfait aux exigences de l'alinéa 11.1(1)e) avant le 18 novembre 1992.

2. Le point en litige

Le point important qu'il faut trancher en l'espèce est celui de savoir si les intimés ont commis une erreur de droit en jugeant qu'en effet en raison de l'abrogation de la *Loi sur la libération conditionnelle* et de l'alinéa 11.1(1)e) du *Règlement sur la libération*

⁸ L'art. 121(1)d) conserve cependant l'exception prévue pour les personnes visées par un arrêté d'extradition pris en vertu de la *Loi sur l'extradition* [L.R.C. (1985), ch. E-23] ou une ordonnance de renvoi prise en vertu de la *Loi sur les criminels fugitifs* [L.R.C. (1985), ch. F-32].

cant's right to a review by exception for the purposes of deportation.

3. The applicant's position

In a nutshell, the submission of the applicant is that an inmate falling within the above-mentioned exception has a right to a special parole hearing at any time. Parole might be ultimately denied but the right to such a hearing cannot be withheld. In the instant case the applicant's right survived repeal by virtue of the saving provision in paragraph 43(c) of the *Interpretation Act*,⁹ in that he had an "accruing" right to a hearing which was not affected by the repeal of the former Act and Regulations. The subsection reads as follows:

43. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed,

The applicant establishes his "accruing" right on the strength of the following facts which all took place before November 1, 1992: he was charged, pleaded guilty, was sentenced, became a federal inmate within the meaning of the former *Parole Act*, was detained and became the subject of a Canadian immigration warrant of arrest before that date. He was ordered to leave Canada and became liable to deportation as of October 20, 1992, when the Minister's permit allowing him to enter Canada in August 1992 was cancelled. He forwarded to the Minister his sworn affidavit waiving an immigration inquiry and admitting all the facts necessary to be deported prior to that date. He requested that the immigration inquiry for the purpose of issuing a deportation order be held prior to November 1, 1992. The Minister requested prior to that date that its adjudication division conduct a deportation hearing in the applicant's case, and in fact, he received a notice of inquiry for the purposes of deportation prior to that date. The

⁹ R.S.C., 1985, c. I-21.

conditionnelle de détenus au 1^{er} novembre 1992, le requérant n'avait plus droit à une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion.

3. La position du requérant

En bref, l'argument du requérant est qu'un détenu visé par l'exception susmentionnée a droit en tout temps à une audience spéciale en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle. Il est possible que l'on refuse en fin de compte la libération conditionnelle, mais non le droit à une telle audience. Dans la présente affaire, le droit du requérant survivait à l'abrogation en vertu de la disposition de l'exception prévue à l'alinéa 43c) de la *Loi d'interprétation*⁹, en ce sens que le requérant jouissait d'un droit dit «naissant» («*accruing*» *right*) à une audience sur lequel l'abrogation de l'ancienne Loi et du Règlement y afférent n'avait aucune incidence. Le texte dudit alinéa est le suivant:

43. L'abrogation, en tout ou en partie, n'a pas pour conséquence:

c) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé;

Le requérant fonde son droit «naissant» sur les faits suivants, tous survenus avant le 1^{er} novembre 1992: il a été inculpé, a reconnu sa culpabilité, a été condamné, est devenu un détenu fédéral au sens de l'ancienne *Loi sur la libération conditionnelle*, a été gardé en détention et est devenu l'objet d'un mandat d'arrestation des autorités canadiennes de l'immigration avant cette date. On a ordonné qu'il quitte le Canada et il est devenu passible d'expulsion au 20 octobre 1992, quand le permis ministériel l'autorisant à entrer au Canada en août 1992 a été annulé. Il a transmis au ministre son affidavit établi sous serment, renonçant à une enquête et reconnaissant tous les faits nécessaires pour être expulsé avant cette date. Il a demandé que l'enquête afin d'obtenir une mesure d'expulsion soit tenue avant le 1^{er} novembre 1992. Le ministre a demandé, avant cette date, que sa Section de l'arbitrage tienne une audience relative à l'expulsion du requérant et, en fait, ce dernier a reçu un avis d'enquête pour fins d'expulsion avant cette date.

⁹ L.R.C. (1985), ch. I-21.

applicant also applied for a parole hearing by exception for the purposes of deportation prior to November 1, 1992. All these facts are admitted by all parties concerned.

Le requérant a également demandé la tenue d'une audience relative à l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion avant le 1^{er} novembre 1992. Les parties concernées ^a reconnaissent tous ces faits.

4. The respondents' position

The respondents argue that as of November 1, 1992, the applicant was not "the subject of a deportation order under the *Immigration Act*", and therefore did not meet the conditions for a hearing under the paragraph 11.1(1)(e) exception. The Parole Board was thus under no obligation to review the applicant's case to determine whether he should be granted parole under either that exception or otherwise, as he had not yet served one-third of his sentence.

Counsel for the respondents submits that recourse to the *Interpretation Act* or to common law principles of interpretation is only available where the relevant statutory provision is ambiguous, that is, where Parliament's intention is not clear. There is no ambiguity in the present Act, whose paragraph 121(1)(d) clearly repeals the former exception. Since the applicant had not met the conditions of the former exception prior to its repeal, he had at best an expectation that should he meet the condition he would then be entitled to a hearing.

Les intimés font valoir qu'au 1^{er} novembre 1992, le requérant ne faisait pas [TRADUCTION] «l'objet d'une mesure d'expulsion sous le régime de la *Loi sur l'immigration*», et qu'il ne satisfaisait donc pas aux conditions relatives à la tenue d'une audience en vertu de l'exception prévue à l'alinéa 11.1(1)e). La Commission des libérations conditionnelles n'était donc aucunement tenue d'examiner le cas du requérant pour déterminer s'il fallait ou non lui octroyer une libération conditionnelle soit en vertu de cette exception soit autrement, car il n'avait pas encore purgé le tiers de sa peine.

L'avocat des intimés allègue que l'on ne peut recourir à la *Loi d'interprétation* ou aux principes d'interprétation de la common law que dans les cas où la disposition législative applicable est ambiguë, c'est-à-dire lorsque l'intention du législateur n'est pas claire. Il n'existe aucune ambiguïté dans la présente Loi, dont l'alinéa 121(1)d) abroge clairement l'ancienne exception. Étant donné que le requérant ne satisfaisait pas aux conditions liées à l'ancienne exception avant son abrogation, le mieux qu'il avait était l'expectative que s'il satisfaisait aux conditions, il aurait alors droit à une audience.

5. The case law

Cases cited in support of the parties' respective positions reflect different approaches to the question under consideration.

Several of the decisions relied upon by the respondents were concerned principally with the application of repealing enactments to contexts in which acquired or vested rights were argued to exist, rather than with the effect of repeal *per se*.

These cases state general rules of construction applicable in such circumstances. In *Gustavson Dril-*

5. La jurisprudence

Les décisions que les parties ont citées à l'appui de leurs positions respectives reflètent des manières différentes d'envisager la question en l'espèce.

Plusieurs des décisions sur lesquelles les intimés s'appuyaient avaient principalement trait à l'application de textes abrogatoires à des contextes dans lesquels il était prétendu qu'il existait des droits acquis, plutôt qu'à l'effet de l'abrogation proprement dite.

Ces décisions énoncent des règles d'interprétation générale qui s'appliquent dans de telles circons-

ling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue,¹⁰ for example, statutory tax deductions to which the appellant had been entitled over a number of years were repealed. For the majority of the Supreme Court of Canada, Dickson J., as he then was, held that the presumption against interference with vested rights by the repealing enactment “only applies where the [repealing] legislation is in some way ambiguous and reasonably susceptible of two constructions”.¹¹ This rule of construction was reiterated in *Venne v. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*¹² which concerned “vested” rights having arisen under a contract rather than under a repealed enactment.

As to the application of paragraph 35(c) [R.S.C. 1970, c. I-23], now paragraph 43(c), of the *Interpretation Act*, Dickson J. observed,¹³ without reference to statutory ambiguity, that “the mere right existing in the members of the community or any class of them at the date of the repeal of a statute to take advantage of the repealed statute is not a right accrued”. In *Attorney General of Québec v. Expropriation Tribunal et al.*,¹⁴ the principle was reaffirmed.

These decisions appear to differ from the instant case in several respects. In none was the notion of “accruing” rights referred to. In neither *Venne* nor *Expropriation Tribunal* was the provincial equivalent of paragraph 43(c) raised. In no case had proceedings been commenced under a repealed statute.

A more directly relevant case relied on by the respondents was *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant*,¹⁵ in which the respondent argued that because a licence application had predated the repeal of the statutory provision governing the Commissioner of Patents’

tances. Ainsi, dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*¹⁰, des déductions d’impôt prévues par la loi auxquelles l’appelante avait eu droit pendant un certain nombre d’années ont été abrogées. S’exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, le juge Dickson (tel était alors son titre) a soutenu que la présomption contre le fait que le texte abrogatoire interfère avec des droits acquis «s’applique seulement lorsque la loi [abrogatoire] est d’une quelconque façon ambiguë et logiquement susceptible de deux interprétations»¹¹. Cette règle d’interprétation a été réitérée dans l’affaire *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*¹² où il était question de droits «acquis» en vertu d’un contrat plutôt que d’un texte de loi abrogé.

Quant à l’application de l’alinéa 35c) [S.R.C. 1970, ch. I-23] aujourd’hui l’alinéa 43c)—de la *Loi d’interprétation*, le juge Dickson a fait remarquer¹³, sans faire référence à la notion d’ambiguïté dans la loi, que «[l]e simple droit de se prévaloir d’un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d’entre eux à la date de l’abrogation d’une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis». Ce principe a été réaffirmé dans *Procureur général du Québec c. Tribunal de l’expropriation et autres*¹⁴.

Ces décisions semblent différer de la présente affaire à plusieurs points de vue. Dans aucune d’entre elles est-il question de droits «naissants» («accruing» rights). Ni dans *Venne* ni dans *Tribunal de l’expropriation* ne mentionne-t-on l’équivalent provincial de l’alinéa 43c). Dans aucune de ces décisions avait-on engagé des procédures en vertu d’un texte législatif abrogé.

Une décision plus pertinente sur laquelle les intimés se sont fondés est *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney General of Canada, Intervenant*¹⁵, où la partie intimée a fait valoir qu’étant donné qu’une demande de licence était antérieure à l’abrogation de la disposition législative régissant la

¹⁰ [1977] 1 S.C.R. 271.

¹¹ *Ibid.*, at p. 282.

¹² [1989] 1 S.C.R. 880, at p. 907.

¹³ *Gustavson Drilling*, note 10, *supra*, at pp. 283-284.

¹⁴ [1986] 1 S.C.R. 732.

¹⁵ (1971), 65 C.P.R. 1 (Ex. Ct.).

¹⁰ [1977] 1 R.C.S. 271.

¹¹ *Ibidem*, à la p. 282.

¹² [1989] 1 R.C.S. 880, à la p. 907.

¹³ *Gustavson Drilling*, note 10, précitée, p. 283 et 284.

¹⁴ [1986] 1 R.C.S. 732.

¹⁵ (1971), 65 C.P.R. 1 (C. de l’É.).

process in such matters, an accrued or accruing right to that licence had arisen under the saving provision of the *Interpretation Act* [R.S.C. 1952, c. 158]. The Court rejected that argument on the basis that under the repealed provision the Commissioner had had authority to decide whether or not a licence should be granted. Thus “the difficulty lies not with the words ‘accrued’ or ‘accruing’ but with the lack of anything that answers to the description of the words ‘right’ or ‘privilege’”.¹⁶ It is interesting to note that, as in the *Gustavson Drilling* case, the Court’s analysis made no finding of and did not refer to statutory ambiguity as a prerequisite to recourse to the saving provision in the interpretation statute.

Finally, the respondent referred to *Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario*,¹⁷ purportedly to illustrate that any distinction between an “accrued” and an “accruing” right is of little significance. I will refer further to this case below.

Cases cited on behalf of the applicant, on the other hand, considered the effect of repeal directly and examined whether the facts peculiar to each case triggered application of the saving provision in paragraph 43(c) of the *Interpretation Act* or its provincial equivalent.

It is clear from cases cited such as *Kleifges (In re) and in re Citizenship Act*¹⁸ and *Re Strata Plan VR 29 (Owners) and Registrar Vancouver Land Registration et al.*¹⁹ that whether or not a statute continues to have effect beyond its repeal must be determined factually case by case, on the basis of whether either accrued or completed rights, or accruing rights which are not yet completed, have arisen under the repealed legislation.

The *Strata Plan* case bears some similarities to the instant application. There the question was whether the respondent fell within the British Columbia equivalent to paragraph 43(c) so as to entitle him to

manière de procéder du commissaire des brevets dans de telles affaires, la disposition d’exception prévue par la *Loi d’interprétation* [S.R.C. 1952, ch. 158] donnait lieu à un droit acquis ou «naissant» à ladite licence. La Cour a rejeté cet argument parce que, en vertu de la disposition abrogée, le commissaire était habilité à décider si une licence devait être accordée ou pas. Par conséquent, [TRADUCTION] «ce n’est pas le mot “acquis” ou “naissant” qui pose une difficulté, mais l’absence d’un élément quelconque qui réponde à la description des mots “droit” ou “privilège”». ¹⁶ Il est intéressant de noter que, comme dans l’affaire *Gustavson Drilling*, la Cour, dans son analyse, n’a tiré aucune conclusion quant à l’ambiguïté de la loi, et n’y a pas fait référence, en tant que condition préalable à un recours à la disposition d’exception figurant dans la loi d’interprétation.

Enfin, les intimés ont fait référence à l’affaire *Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario*¹⁷, afin de montrer que la distinction qu’il peut y avoir entre un droit «acquis» et un droit «naissant» a peu d’importance. J’y reviendrai plus loin.

En revanche, les décisions citées en faveur du requérant considéraient l’effet de l’abrogation et analysaient si les faits propres à chaque cas d’espèce entraînaient l’application de la disposition d’exception figurant à l’alinéa 43(c) de la *Loi d’interprétation* ou son équivalent provincial.

Il ressort clairement des décisions citées, *Kleifges (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté*¹⁸ et *Re Strata Plan VR 29 (Owners) and Registrar Vancouver Land Registration et al.*¹⁹ que la question de savoir si l’effet d’une loi se poursuit ou non après l’abrogation de cette dernière doit être déterminée en fonction des faits, cas par cas, selon qu’il découle de la loi abrogée des droits acquis ou intégraux ou des droits «naissants» non encore intégraux.

L’affaire *Strata Plan* présente des similitudes avec la présente demande. Dans cette affaire, la question en jeu était de savoir si la partie intimée était visée par la disposition de la Colombie-Britannique qui

¹⁶ *Id.*, at p. 12.

¹⁷ (1981), 32 O.R. (2d) 240 (C.A.).

¹⁸ [1978] 1 F.C. 734 (T.D.).

¹⁹ (1978), 91 D.L.R. (3d) 528 (B.C.S.C.).

¹⁶ *Ibidem*, à la p. 12.

¹⁷ (1981), 32 O.R. (2d) 240 (C.A.).

¹⁸ [1978] 1 C.F. 734 (1^{re} inst.).

¹⁹ (1978), 91 D.L.R. (3d) 528 (C.S.C.-B.).

consolidate condominium units under the terms of a repealed enactment. The respondent had fulfilled all the requirements and submitted all the documents necessary prior to repeal, but further steps by the Registrar had to be taken before processing of the application was complete, and a repealing enactment altering the consolidation process had come into effect prior to those steps having been taken.

The Court noted that:

It is not an easy task to determine when sufficient has been done in a particular case to change abstract or potential rights into acquired rights or to find that the action has been such that the actor has the status of "acquiring" rights rather than just having taken procedural steps.²⁰

In the result, the Court concluded²¹ the respondent had taken sufficient procedural steps to have been "at least in the process of acquiring a right, if it had not already become vested in him".

The *Falconbridge Nickel Mines* case²² seems to support the applicant's position rather than that of the respondents. In it the Ontario Court of Appeal determined that the Ontario equivalent of paragraph 43(c) applied to a taxpayer who had an "accrued" or "accruing" right under a repealed enactment to have a refund claim considered, even though no such claim had been outstanding as of the date of repeal. The Court did not consider that the absence of a claim rendered the appellant's right theoretical, since "[a] right is no less a right recognized by the law solely because all of the steps necessary to be taken before it can be acted upon may not yet have been taken".²³

The Court did indeed, as the respondent suggests, find it unnecessary in the circumstances to draw fine distinctions as to whether the appellant's right had been "accrued" or "accruing" since, in the Court's

²⁰ *Id.*, at pp. 534-535: the distinction between the texts of the English and Canadian statutes was also considered "very significant" in *Kleifges (In re)*, note 18, *supra*, at p. 739.

²¹ *Id.*, at p. 535.

²² Note 17, *supra*.

²³ *Id.*, at p. 250.

équivalait à l'alinéa 43c), de façon à lui conférer le droit de regrouper des unités condominiales en vertu d'un texte législatif abrogé. La partie intimée avait satisfait à toutes les conditions et présenté tous les documents nécessaires avant l'abrogation, mais il fallait que le registraire prenne d'autres mesures avant que le traitement de la demande soit terminé, et un texte abrogatoire, modifiant le processus de regroupement, était entré en vigueur avant que ces mesures aient été prises.

La Cour a fait remarquer ce qui suit:

[TRADUCTION] Il est malaisé de déterminer quand on en a fait suffisamment dans une affaire donnée pour transformer des droits abstraits ou potentiels en des droits acquis, ou pour conclure que les mesures prises ont été telles que leur auteur «acquiert» des droits, plutôt que d'avoir simplement pris des mesures procédurales²⁰.

En définitive, la Cour a conclu²¹ que la partie intimée avait pris suffisamment de mesures procédurales pour avoir été [TRADUCTION] «à tout le moins en voie d'acquérir un droit, s'il ne l'avait pas déjà acquis».

L'affaire *Falconbridge Nickel Mines*²² semble appuyer la position du requérant plutôt que celle des intimés. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'équivalent ontarien de l'alinéa 43c) s'appliquait à un contribuable qui, en vertu d'une disposition abrogée, avait un droit «acquis» ou «naissant» à l'examen d'une demande de remboursement, même si aucune demande n'était en suspens à la date de l'abrogation. La Cour n'a pas considéré que l'absence d'une demande rendait le droit de l'appelante théorique puisque [TRADUCTION] «un droit n'en est pas moins un droit reconnu par la loi uniquement parce que toutes les mesures qui doivent être prises avant de pouvoir y donner suite ne l'ont peut-être pas été»²³.

La Cour, comme le suggère l'intimé, a effectivement jugé inutile dans les circonstances de faire des distinctions subtiles quant à savoir si le droit de l'appelant était «acquis» ou «naissant» puisque, de l'avis

²⁰ *Ibidem*, p. 534 et 535: dans *Kleifges In re*, note 18, précitée, à la p. 739, la distinction entre le texte de la loi anglaise et celui de la loi canadienne a aussi été considérée comme [TRADUCTION] «très marquée».

²¹ *Ibidem*, à la p. 535.

²² Note 17, précitée.

²³ *Ibidem*, à la p. 250.

view, the terms obscured the real difficulty in such cases which was, as stated in the *Merck* case,²⁴ whether there was anything that qualified as a right for purposes of the saving provision in the *Interpretation Act*.

In none of these cases was statutory ambiguity mentioned.

6. Analysis

After careful consideration, I have concluded the approach taken by the applicant is the appropriate one. In the instant case, the question is not whether there is any ambiguity in paragraph 121(1)(d) of the new *Corrections and Conditional Release Act* as to whether it has repealed a previous entitlement to parole review. The issue is rather whether the repeal of paragraph 11.1(1)(e) of the former *Parole Regulations* has deprived the applicant of an allegedly accruing right to parole review under those regulations.

Among the factors supporting this conclusion, it bears repeating that none of the decisions reviewed, in which the issue has been whether an accruing or accrued right existed, has any reference been made to statutory ambiguity as a condition of reliance on the saving provision in federal or provincial interpretation statutes. There has been no question in these cases that the repealing enactment has unambiguously done away with an entitlement that existed in the former Act. The only question has been whether the particular applicant had an acquired, accrued or accruing right under the repealed enactment.

Further, it seems clear that saving provisions such as paragraph 43(c) are substantive rules, as opposed to rules of construction to which recourse is dependent on ambiguity. Driedger suggests²⁵ that many sections in the *Interpretation Act*

de la Cour, ces mots obscurcissaient la véritable difficulté qui se pose dans de telles affaires qui, ainsi qu'il était énoncé dans l'affaire *Merck*²⁴, consiste à savoir s'il existe un élément quelconque susceptible d'être considéré comme un droit aux fins de la disposition d'exception figurant dans la *Loi d'interprétation*.

Aucune de ces affaires n'a fait référence à la notion d'ambiguïté de la loi.

6. Analyse

Après avoir soigneusement examiné la situation, j'ai conclu que c'est l'approche suivie par le requérant qui est appropriée. Dans la présente affaire, la question n'est pas de savoir s'il existe une ambiguïté quelconque à l'alinéa 121(1)d) de la nouvelle *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, relativement au fait de savoir si cette disposition a abrogé un droit antérieur à un examen relatif à l'octroi d'une libération conditionnelle. Il s'agit plutôt de savoir si l'abrogation de l'alinéa 11.1(1)e) de l'ancien *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* a privé le requérant d'un droit censé «naissant» à un examen relatif à l'octroi d'une libération conditionnelle en vertu de ce règlement.

Parmi les facteurs qui supportent cette conclusion, il vaut la peine de répéter que dans aucune des décisions examinées, où le point en litige consistait à savoir s'il existait un droit «naissant» ou un droit «acquis», il n'a été fait référence au fait que, pour pouvoir s'appuyer sur la disposition d'exception prévue dans les lois d'interprétation fédérale ou provinciales, il faut que la loi présente une ambiguïté. Dans ces affaires, il n'y a pas de doute que le texte abrogatoire a supprimé sans ambiguïté un droit qui existait dans l'ancienne Loi. L'unique question qui se posait était celle de savoir si la partie requérante en question jouissait d'un droit acquis ou «naissant» en vertu de la disposition législative abrogée.

De plus, il semble évident que les dispositions d'exception comme l'alinéa 43c) sont des règles de fond, plutôt que des règles d'interprétation auxquelles on recourt en cas d'ambiguïté. D'après Driedger²⁵, un grand nombre d'articles de la *Loi d'interprétation*

²⁴ Note 15, *supra*.

²⁵ Construction of Statutes, 2nd ed., 1983, at pp. 242-243.

²⁴ Note 15, précitée.

²⁵ Construction of Statutes, 2^e éd., 1983, aux p. 242 et 243.

...are more than rules of construction or statutory definitions; many provisions are or contain substantive rules of law.

Especially important are ss. 35 and 36 [now ss. 43 and 44], which deal with the effect of repeal. Section 35 abolishes the common law rules that a repealed statute was deemed never to have existed The effect of s. 35 is to keep a "repealed" Act partially alive forever for the purposes set out in that section. [Emphasis added.]

Consequently, it is necessary to determine whether the applicant had an accruing right that has survived the repeal of paragraph 11.1(1)(e) of the *Parole Regulations* through the operation of paragraph 43(c) of the *Interpretation Act*. Based on the case law, this determination seems to be a twofold one: a right must have been at issue (*Merck*), and it must have had a sufficiently advanced "accruing" status prior to or at the time of repeal (*Strata Plan*). However, not all of the steps prerequisite to the right's exercise need have been taken prior to repeal in order for the right to be recognized (*Falconbridge Nickel Mines*).

As to the first question, there is no doubt that any federal inmate falling within the terms of paragraph 11.1(1)(e) was entitled as of right to a parole hearing, although parole might be denied.²⁶

As to the second question, I have found it useful to refer, in addition to authorities previously mentioned, to the recent decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Scott v. College of Physicians and Surgeons (Saskatchewan)*²⁷ which, in my view, is both analogous to the present case and provides insights as to the analysis to be undertaken in such cases.

Scott was struck from the membership register of the provincial medical college for non-payment of

²⁶ The case of *Ford v. National Parole Board*, [1977] 1 F.C. 359 (T.D.), at p. 363, distinguishes the right to parole review and "the granting of parole which is a privilege to be exercised at the sole discretion of the National Parole Board".

²⁷ [1993] 1 W.W.R. 533 (Sask. C.A.).

[TRADUCTION] . . . sont plus que des règles d'interprétation ou des définitions statutaires; nombre de dispositions sont ou contiennent des principes juridiques de fond.

Sont surtout importants les articles 35 et 36 [aujourd'hui les articles 43 et 44], qui traitent de l'effet d'une abrogation. L'article 35 abolit les règles de la common law voulant qu'un texte législatif abrogé soit réputé n'avoir jamais existé . . . L'article 35 a pour effet de garder une loi «abrogée» partiellement en vigueur à jamais pour les fins énoncées dans cet article. [Je souligne.]

Il convient donc de déterminer si le requérant jouissait d'un droit «naissant» qui a survécu à l'abrogation de l'alinéa 11.1(1)(e) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, par l'application de l'alinéa 43(c) de la *Loi d'interprétation*. D'après la jurisprudence, cette détermination semble comporter deux volets: il faut qu'un droit ait été en cause (*Merck*), et ce droit «naissant» doit avoir été suffisamment avancé avant l'abrogation ou au moment de cette dernière (*Strata Plan*). Cependant, il n'est pas nécessaire que toutes les mesures préalables à l'exercice du droit aient été prises avant l'abrogation pour que le droit soit reconnu (*Falconbridge Nickel Mines*).

En ce qui concerne la première question, il ne fait aucun doute qu'un détenu fédéral qui tombait sous le coup des dispositions de l'alinéa 11.1(1)(e) avait droit à une audience relative à l'octroi d'une libération conditionnelle, même s'il se pouvait que celle-ci lui soit refusée.²⁶

Quant à la seconde question, j'ai jugé utile de faire référence, en plus des textes déjà mentionnés, à la décision récemment rendue par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Scott v. College of Physicians and Surgeons (Saskatchewan)*²⁷ qui, à mon sens, est analogue à la présente affaire et qui donne des indications sur l'analyse qu'il faut entreprendre dans les causes de ce genre.

Scott a été rayé du registre du collège des médecins de la province pour n'avoir pas payé les droits

²⁶ L'affaire *Ford c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1977] 1 C.F. 359 (1^{re} inst.), à la p. 363, fait une distinction entre le droit à un examen relatif à l'octroi d'une libération conditionnelle et l'«octroi de la libération conditionnelle, qui est un privilège que la Commission nationale des libérations conditionnelles peut exercer à sa seule discrétion».

²⁷ [1993] 1 W.W.R. 533 (C.A. Sask.).

fees, undertook procedures for readmission, and was entitled under the *Medical Profession Act, 1981* [S.S. 1980-81, c. M-10.1] then in effect to automatic readmission upon payment of amounts owed. At the stage when the only outstanding procedure to be completed was the determination of the amount owing, the provision governing readmission was repealed. The substitute provision introduced time limits for readmission applications which put Scott out of time, such that he was obliged to apply for admission to the college as a new applicant under modified eligibility rules which disentitled him to reinstatement. Scott sought *mandamus*. The issue before the Court was whether, since Scott had been in the midst of seeking re-entry, he had an accrued or accruing right to reinstatement prior to the repeal sufficient to bring him within the provincial interpretation statute's saving provision.

For a majority of the Court,²⁸ Vancise J.A. remarked²⁹ that in the absence of a reliable definition

... the courts have established two criteria or factors which will help to determine whether a right is acquired, accrued or accruing. First, one must establish a tangible or particular legal right, the right cannot be abstract, it must be more than a possibility, more than a mere expectation; and, second, establish that the right was sufficiently exercised or solidified before the repeal of the enactment to justify its protection.

In order to establish the right in question is particular to the applicant as opposed to abstract, the individual "must have placed himself in a distinctive legal position".³⁰ Pierre-André Côté's useful treatise on interpretation adds that under this criterion, "[t]he mere possibility [the applicant] may have had to prevail himself [*sic*] of a specific statute does not create a vested right".³¹

Should the first condition be met, it is then necessary for the individual to demonstrate that the right

²⁸ Cameron J.A. issued separate concurring reasons.

²⁹ *Scott*, note 27, *supra*, at p. 555.

³⁰ *Id.*, at p. 556.

³¹ Côté, P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., 1991, at p. 144.

prescrits; il a entrepris des procédures en vue de sa réadmission, et avait le droit, en vertu de la *Medical Profession Act, 1981* [S.S. 1980-81, ch. M-10.1] en vigueur à l'époque, à une réadmission automatique en payant le montant dû. Au stade où l'unique procédure qu'il restait à exécuter était la détermination du montant dû, la disposition régissant la réadmission a été abrogée. La disposition qui l'a remplacée imposait un délai aux demandes de réadmission; comme Scott se trouvait hors délai, il était tenu de demander d'être admis au sein du collège comme un nouveau requérant, en vertu des règles d'admissibilité modifiées qui le privaient du droit d'être réintégré. Scott a sollicité un bref de *mandamus*. La question devant la Cour était de savoir si, étant donné que Scott avait entrepris les procédures nécessaires pour être réadmis, il jouissait, avant l'abrogation, d'un droit acquis ou «naissant» à sa réintégration, lequel était suffisant pour qu'il soit assujéti à la disposition d'exception de la loi d'interprétation provinciale.

S'exprimant au nom de la majorité de la Cour²⁸, le juge Vancise, J.C.A., a fait remarquer²⁹ qu'en l'absence d'une définition sérieuse

[TRADUCTION] ... les tribunaux ont établi deux critères ou facteurs qui aideront à déterminer si un droit est acquis ou «naissant». Tout d'abord, il faut établir l'existence d'un droit juridique tangible ou particulier; ce droit ne peut être abstrait, il doit s'agir plus que d'une possibilité, plus que d'une simple expectative; deuxièmement, il faut établir que le droit a été suffisamment exercé ou s'est suffisamment concrétisé avant l'abrogation du texte législatif pour qu'il soit justifié de le protéger.

Pour établir que le droit en question s'applique particulièrement au requérant et n'est pas abstrait, la personne [TRADUCTION] «doit s'être placée dans une position juridique distinctive»³⁰. Dans son traité utile sur l'interprétation, Pierre-André Côté ajoute que, selon ce critère, «la seule possibilité [qu'a le requérant] de se prévaloir d'une loi ne saurait fonder de droits acquis»³¹.

Si la première condition est remplie, il est alors nécessaire que la personne établisse la preuve que le

²⁸ Le juge Cameron, J.C.A., a rendu des motifs concordants distincts.

²⁹ *Scott*, note 27, précitée, à la p. 555.

³⁰ *Ibidem*, à la p. 556.

³¹ Côté, P.-A. *Interprétation des lois*, 2^e éd., 1990, à la p. 158.

has been sufficiently exercised, that is, that the right has “been acted upon”³² or has attained “a sufficiently individualized and materialized degree to justify judicial protection”.³³ The authorities are in agreement that this determination is a delicate one, but “[w]hat is clear is that some step must have been taken or some event must have occurred toward the realization of the right before the repeal of the enactment”.³⁴

According to Côté, assessment of the second criterion may be particularly problematic in situations such as those of the present applicant and of the applicant in *Scott*:

Often the statute requires that the individual apply to an administrative agency in order to . . . exercise his rights. Three steps are involved: application, study by the agency, and decision. . . . [I]t seems that problems will arise only if the statute is amended during the process of study by the agency. As long as the application has not been made, the individual has no more than an expectation, and this can be swept away by legislative amendment. On the other hand, if the administrative body has rendered its final decision, the courts will generally hold that the right in question has been fully constituted and is not affected by a new statute.³⁵

Côté claims there is no general answer to the question as to whether the filing of an application is sufficient to concretize rights, thereby entitling the applicant to proceed according to the legal rules in force at the time of the application.³⁶ He also suggests, however, that a relatively more liberal interpretation of vested rights appears justified under saving provisions which include the notion of “accruing” rights.³⁷

In the *Scott* case the Court concluded the applicant was entitled to a writ of *mandamus* compelling the medical college to reinstate him under the terms of the repealed enactment. In the Court’s view, since Scott had done “all that he could do prior to the amendment in order to take advantage of the rights available to him under the Act, including advising the college of his intention to be reinstated”, he had “an

droit a été suffisamment exercé, c’est-à-dire que l’on y a [TRADUCTION] «donné suite»³² ou que sa situation est «suffisamment individualisée et parfaite pour justifier une protection»³³. Selon la jurisprudence, il s’agit d’une opération délicate, mais [TRADUCTION] «il est clair qu’une certaine mesure doit avoir été prise ou qu’un certain fait doit avoir eu lieu en vue de la réalisation du droit avant que le texte législatif soit abrogé»³⁴.

Selon M. Côté, l’évaluation du second critère peut s’avérer particulièrement problématique dans des situations similaires à celle du requérant en l’espèce et de la partie requérante dans l’affaire *Scott*:

La loi exige souvent, pour la constitution ou l’exercice d’un droit, que le particulier s’adresse à l’Administration. Le processus comporte trois étapes principales, soit la demande présentée par l’administré, l’instruction de la demande par l’Administration et une décision . . . La modification des lois applicables ne posera problème que si elle survient pendant l’instruction de la demande. En effet, aussi longtemps que la demande n’est pas présentée, on n’a généralement affaire qu’à des expectatives qui peuvent être emportées par la modification législative. Si, au contraire, la décision de l’Administration est rendue, on considérera en général que le droit en cause est tout à fait constitué et que la loi nouvelle ne saurait l’atteindre³⁵.

M. Côté soutient qu’il n’existe pas de réponse générale à la question de savoir si le dépôt d’une demande suffit pour concrétiser un droit, autorisant ainsi le requérant à procéder selon les règles juridiques en vigueur à l’époque du dépôt de la demande³⁶. Il suggère cependant, qu’une interprétation relativement plus libérale des droits acquis est justifiée lorsque les dispositions d’exception incluent la notion de droits «naissants»³⁷.

Dans l’affaire *Scott*, la Cour a conclu que la partie requérante avait droit à un bref de *mandamus* contraignant le collège des médecins à le réintégrer selon les conditions de la disposition législative abrogée. De l’avis de la Cour, comme Scott avait fait [TRADUCTION] «tout ce qu’il pouvait avant la modification pour profiter des droits que lui conférait la Loi, y compris le fait d’aviser le collège de son intention

³² *Scott*, note 27, *supra*, at p. 556.

³³ Côté, note 31, *supra*, at p. 146.

³⁴ *Scott*, note 27, *supra*, at p. 557.

³⁵ Côté, note 31, *supra*, at p. 147.

³⁶ *Id.*, at pp. 147-149.

³⁷ *Id.*, at p. 148.

³² *Scott*, note 27, précitée, à la p. 556.

³³ Côté, note 31, précitée, à la p. 160.

³⁴ *Scott*, note 27, précitée, à la p. 557.

³⁵ Côté, note 31, précitée, p. 161-162.

³⁶ *Ibidem*, à la p. 162.

³⁷ *Ibidem*, à la p. 163.

acquired right, an accrued right or at the very least an accruing right requiring protection”.³⁸

I have concluded that the present applicant has also satisfied both criteria and is thus entitled to the relief sought. He has established a right particular to himself. He has availed himself in fact of the possibility presented by the exception in paragraph 11.1(1)(e) and thereby placed himself in the requisite distinctive legal position. He has also met the second criterion of acting upon that right sufficiently to warrant its protection, having gone through all the available procedural steps in order to obtain the deportation order that would perfect his right to parole review, and having in fact applied for parole review.

My view is reinforced by the fact that under subsection 32(6) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11] of the *Immigration Act*,

32. ...

(6) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 27(2), the adjudicator shall . . . make a deportation order against that person. [Emphasis added.]

There was no question, in light of the applicant's conviction and sentence, even supposing he had not made sworn admissions and waived his right to an immigration hearing, that he would be found to be a person described in paragraph 27(2)(a) of the *Immigration Act*, that is, a member of an inadmissible class defined at paragraph 19(1)(c) of that Act. The Adjudicator therefore had no discretion in the circumstances not to issue a deportation order.³⁹ The process was thus engaged to the fullest extent possible prior to repeal, and its ultimate conclusion predictable.

It appears the only reason the applicant was not the subject of a deportation order prior to November 1, 1992, and thereby entitled to a parole review as of right prior to that date, was because the earliest avail-

d'être réintégré» il avait «un droit acquis ou, à tout le moins, un droit naissant qu'il fallait protéger»³⁸.

Je suis arrivé à la conclusion qu'en l'espèce, le requérant a aussi satisfait aux deux critères et a donc droit à la mesure de redressement qu'il sollicite. Il a établi l'existence d'un droit particulier à son égard. Il s'est prévalu en fait de la possibilité qu'offre l'exception prévue à l'alinéa 11.1(1)e) et s'est donc placé dans la position juridique distinctive requise. Il satisfait aussi au second critère, soit celui d'avoir suffisamment donné suite à ce droit pour qu'il soit justifié de le protéger, en ayant franchi toutes les étapes procédurales disponibles pour obtenir la mesure d'expulsion qui rendrait parfait son droit à une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle, et ayant en fait demandé une telle audience.

Mon opinion est soutenue par le fait qu'aux termes du paragraphe 32(6) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*,

32. ...

(6) S'il conclut que l'intéressé [la personne qui fait l'objet d'une enquête] relève d'un des cas visés par le paragraphe 27(2), l'arbitre . . . prend une mesure d'expulsion à son endroit. [Je souligne.]

Il ne faisait aucun doute, vu sa condamnation et la peine qui lui avait été imposée, et même en supposant qu'il n'avait pas fait d'aveux sous serment et renoncé à son droit à une enquête, que le requérant serait considéré comme une personne décrite à l'alinéa 27(2)a) de la *Loi sur l'immigration*, c'est-à-dire un membre d'une catégorie non admissible définie à l'alinéa 19(1)c) de cette Loi. Dans les circonstances, l'arbitre n'avait donc pas la discrétion de faire autrement que de prendre une mesure d'expulsion à son endroit³⁹. Le processus était donc enclenché au maximum avant l'abrogation, et sa conclusion ultime était prévisible.

Il semble que l'unique raison pour laquelle le requérant n'a pas été frappé d'une mesure d'expulsion avant le 1^{er} novembre 1992 et, de ce fait, n'a pas eu droit à une audience en vue de l'octroi d'une

³⁸ Scott, note 27, *supra*, at pp. 560-561.

³⁹ See *Grar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, IMM-1480-93, order dated 29/4/93, F.C.T.D., not yet reported, at p. 2 and p. 4.

³⁸ Scott, note 27, précitée, aux p. 560 et 561.

³⁹ Voir l'arrêt *Grar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, IMM-1480-93, ordonnance en date du 29-4-93, C.F. 1^{re} inst, encore inédite, aux p. 2 et 4.

able date "according to the registry"⁴⁰ was November 18, 1992. The applicant should not be deprived of his right to parole review on such a ground.

Consequently, the application is allowed with costs.

libération conditionnelle avant cette date est que, [TRANSDUCTION] «selon le greffe»⁴⁰, la première date d'audience disponible était le 18 novembre 1992. Il ne faudrait pas que le requérant soit privé pour une telle raison d'une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle.

Par conséquent, la demande est accueillie avec dépens.

⁴⁰ Affidavit of Martin Tremblay, immigration supervisor, Respondents' Record, Tab 1, par. 15.

⁴⁰ Affidavit de Martin Tremblay, surveillant de l'immigration, dossier des intimés, onglet 1, par. 15.

A-333-93

The Canadian National Parole Board, Keith Morgan and Michel Frappier (Appellants)
(Respondents)

A-333-93

La Commission nationale des libérations conditionnelles, Keith Morgan et Michel Frappier (appelants) (intimés)

and

a
et

Fred Gibson and The Attorney General of Canada (Appellants) (Mis en cause)

Fred Gibson et le procureur général du Canada (appelants) (mis en cause)

v.

b
c.

Steve Hutchins (Respondent) (Applicant)

Steve Hutchins (intimé) (requérant)

INDEXED AS: HUTCHINS v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: HUTCHINS c. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, MacGuigan and Létourneau J.J.A.—Ottawa, July 5 and 7, 1993.

Cour d'appel, juges Mahoney, MacGuigan et Létourneau J.C.A.—Ottawa, 5 et 7 juillet 1993.

Parole — Appeal from trial judgment requiring parole hearing — American extradited to, convicted, sentenced in Canada — Parole Regulations, s. 11.1(1)(e) (entitling him to parole by exception for deportation hearing) repealed November 1, 1992 — Deportation order not issued until November 18, due to administrative delays — S. 11.1(1)(e) hearing denied for failure to meet statutory condition precedent of being subject of deportation order — Trial Judge holding respondent meeting two criteria for “accruing” right to review — F.C.A. holding no existing right to parole review until statutory condition precedent met — Right not accruing when existence conditional on event yet to happen — Deportation order not inevitable.

d *Libération conditionnelle — Appel d'un jugement de première instance exigeant la tenue d'une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle — Extradition, déclaration de culpabilité et condamnation d'un Américain au Canada — L'art. 11.1(1)e du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus (qui donnait droit à une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion) a été abrogé le 1^{er} novembre 1992 — La mesure d'expulsion n'a pas été émise avant le 18 novembre, à cause de retards administratifs — L'audience prévue par l'art. 11.1(1)e a été refusée pour défaut de satisfaire à la condition légale préalable d'être passible d'une mesure d'expulsion — Le juge de première instance a statué que l'intimé satisfaisait aux deux critères prévus pour avoir un droit «naissant» à un examen — La C.A.F. a décrété qu'il n'existait aucun droit à un examen en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle avant d'avoir satisfait à la condition légale préalable — Un droit n'est pas «naissant» lorsque son existence est subordonnée à un fait non encore survenu — La mesure d'expulsion n'était pas un fait inévitable.*

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from trial judgment requiring appellants to grant parole hearing — Respondent, American, extradited to Canada where convicted, sentenced — Parole Regulations, s. 11.1(1)(e) providing for parole by exception for deportation hearing, repealed before deportation order issued due to administrative delay — Parole hearing denied as condition precedent (deportation order) of s. 11.1(1)(e) not met — Appeal allowed — Respondent meeting neither of two criteria for accruing right to hearing — Issuance of deportation order not inevitable — Although respondent admitting membership in inadmissible class, adjudicator still required to hold hearing, render formal judgment.

h *Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel d'un jugement de première instance obligeant d'accorder aux appelants une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle — L'intimé, un Américain, a été extradé au Canada où il a été déclaré coupable et condamné — L'art. 11.1(1)e du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, qui prévoyait la tenue d'une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion, a été abrogé avant que la mesure d'expulsion soit prononcée à cause de retards administratifs — L'audience relative à l'octroi de la libération conditionnelle a été refusée car une condition préalable (mesure d'expulsion) de l'art. 11.1(1)e n'avait pas été satisfaite — j Appel accueilli — L'intimé ne satisfaisait à aucun des deux critères prévus pour avoir un droit naissant à une audience — La prise d'une mesure d'expulsion n'était pas un fait inévitable*

This was an appeal from the trial judgment ordering the appellants to comply with the mandatory statutory requirements of the *Parole Act* and paragraph 11.1(1)(e) of the *Parole Regulations* and to grant the respondent a hearing for parole by exception for the purposes of deportation. The respondent, an American, had been extradited to Canada to stand trial on narcotics charges. He was convicted and sentenced to 8 1/2 years. On October 20, 1992 the Minister had cancelled the respondent's permit to enter Canada, ordered him to leave the country and made him the subject of a report which had the effect of immediately triggering an adjudication hearing which, for purely administrative reasons, could not be held until November 18. By affidavit the respondent admitted that he was a member of an inadmissible class and consented to the issuance of a deportation order. A deportation order issued on November 18. Paragraph 11.1(1)(e) (which exempted an inmate who is the subject of a deportation order from the minimum time served requirements for parole eligibility) was repealed November 1. The respondent's request for a parole hearing was denied because he did not meet the paragraph 11.1(1)(e) requirement of being subject to a deportation order until after its repeal. The Trial Judge held that for the respondent to succeed in his claim (1) there must have been a right at issue, and (2) that such right must have had a sufficiently advanced "accruing" status prior to or at the time of the repeal. He found that both criteria had been met and the respondent had an "accruing" right to parole review under paragraph 11.1(1)(e) when that paragraph was repealed.

Held (MacGuigan J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Létourneau J.A. (Mahoney J.A. concurring): The respondent did not have an accruing right to a parole hearing. His right under paragraph 11.1(1)(e) to a parole hearing for purposes of deportation was subject to a statutory condition precedent i.e. the issuance of a deportation order. As the deportation order was issued after the repeal of paragraph 11.1(1)(e), the respondent did not meet the first criterion as he simply had no right. Nor did he meet the second criterion. It is not the same thing to take procedural steps to acquire or realize an existing right and to take such steps to merely realize a condition precedent to the existence of that right. A right cannot be accruing when its very existence is conditional on some other event which has not yet materialized.

The issuance of a deportation order was not inevitable. There is no right to the benefit conferred by the repealed provi-

— *Même si l'intéressé reconnaissait qu'il appartenait à une catégorie de personnes non admissibles, l'arbitre devait quand même tenir une audience et rendre un jugement officiel.*

Il s'agissait d'un appel relatif à un jugement de première instance ordonnant aux appelants de se conformer aux exigences impératives de la *Loi sur la libération conditionnelle* et de l'alinéa 11.1(1)e) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* et accordant à l'intimé une audience en vue d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion. L'intimé, un Américain, avait été extradé au Canada en vue d'y subir un procès pour des infractions relatives à des stupéfiants. Il avait été déclaré coupable et condamné à une peine d'emprisonnement de huit ans et demi. Le 20 octobre 1992, le ministre avait annulé l'autorisation accordée à l'intimé d'entrer au Canada, il lui avait ordonné de quitter le pays et il avait établi à son endroit un rapport, ayant pour effet de donner lieu sur-le-champ à une audience devant l'arbitre qui, pour des raisons purement administratives, n'avait pu être tenue avant le 18 novembre 1992. Dans un affidavit, l'intimé reconnaissait qu'il appartenait à une catégorie de personnes non admissibles et consentait à ce qu'une ordonnance d'expulsion soit rendue à son endroit. Cette dernière a été émise le 18 novembre. L'alinéa 11.1(1)e) (qui accordait à un détenu, visé par une mesure d'expulsion, une dispense de l'application des dispositions régissant la peine d'emprisonnement minimal à purger avant qu'une libération conditionnelle puisse lui être accordée) a été abrogé le 1^{er} novembre. La demande d'audience de l'intimé en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle a été rejetée parce qu'il ne satisfaisait pas aux dispositions de l'alinéa 11.1(1)e), qui exigeaient qu'il soit passible d'une mesure d'expulsion avant l'abrogation de cette disposition. Le juge de première instance a décrété que, pour que l'intimé obtienne gain de cause, 1) il fallait qu'il y ait un droit en cause, et 2) que l'acquisition de ce droit devait être suffisamment avancée avant l'abrogation ou au moment où celle-ci était intervenue. Il a déterminé que le requérant satisfaisait aux deux critères et qu'il avait un droit «naissant» à un examen relatif à l'octroi d'une libération conditionnelle en vertu de l'alinéa 11.1(1)e) lorsque ce dernier avait été abrogé.

Arrêt (le juge MacGuigan, J.C.A., étant dissident): l'appel doit être accueilli.

Le juge Létourneau, J.C.A. (motifs concordants du juge Mahoney, J.C.A.): L'intimé n'avait aucun droit «naissant» à un examen en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle. Le droit accordé à l'intimé en vertu de l'alinéa 11.1(1)e) était soumis à une condition légale antérieure, savoir la prise d'une mesure d'expulsion. Comme cette mesure n'avait été prise qu'après l'abrogation de l'alinéa 11.1(1)e), l'intimé ne satisfaisait pas au premier critère car il ne jouissait tout simplement d'aucun droit. Il ne satisfaisait pas non plus au second critère. Prendre des mesures procédurales pour acquérir ou concrétiser un droit existant est une chose; en prendre pour remplir une condition préalable à l'existence de ce droit en est une autre. Un droit ne peut être dit «naissant» lorsque son existence même est subordonnée à un autre fait non encore survenu.

La prise d'une mesure d'expulsion n'était pas un fait inévitable. Il ne pouvait y avoir de droit à l'avantage conféré par la

sion until the condition is actually met. Also, the Adjudicator who was required to hold a deportation hearing still had to determine whether the respondent was a member of an inadmissible class under *Immigration Act*, paragraph 32(5)(a), regardless of whether the respondent was willing to admit that he was a member of an inadmissible class. He had to hold a hearing and render a formal decision. ^a

The legislative provision did not exist when the statutory precedent was fulfilled, and up to the time paragraph 11.1(1)(e) was repealed the Parole Board was not obliged to grant a hearing. Therefore, there was no corresponding right in the respondent to such a hearing. That the respondent applied for a parole hearing before the repeal of the provision, and worked hard to realize the condition precedent to his right did not change a non-existing right into an acquired or accruing right. The Trial Judge confused the procedural steps required to acquire an existing right with those required to realize a condition precedent to the existence of such right. ^b

Per MacGuigan J.A. (dissenting): The approach adopted by the majority was too formalistic. The immediate inevitability of a deportation order made it tantamount to an actual order, and was a sufficient fulfilment of the condition required by paragraph 11.1(1)(e) for a parole hearing. There was only one possible result of the parole hearing. The circumstances provided the respondent with an accruing right to have his case considered by the Parole Board. ^c

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED ^d

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 213.

Crown Lands Act, R.S.N. 1970, c. 71, s. 6(3).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27, 32(5)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 5; (4th Supp.), c. 28, s. 11).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 43(c).

Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2.

Parole Regulations, SOR/78-428, s. 11.1(1)(e) (as enacted by SOR/79-88, s. 3; 86-817, s. 3; 91-563, s. 7; rep. by SOR/92-620, s. 1). ^e

CASES JUDICIALLY CONSIDERED ^f

APPLIED:

Scott v. College of Physicians and Surgeons (Saskatchewan), [1993] 1 W.W.R. 533 (Sask. C.A.); *Re Chafe and Power* (1980), 117 D.L.R. (3d) 117 (Nfld. S.C.T.D.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] A.C. 901 (P.C.). ^g

disposition abrogée avant que la condition fût effectivement remplie. De plus, l'arbitre qui était tenu de procéder à une audience relative à l'expulsion avait quand même à déterminer si l'intimé appartenait à une catégorie de personnes non admissibles aux termes de l'alinéa 32(5)a) de la *Loi sur l'immigration*, que l'intimé fût disposé ou non à reconnaître qu'il appartenait à une telle catégorie. L'arbitre devait tenir une audience et rendre une décision officielle. ^a

La disposition législative n'existait pas à l'époque où la condition légale préalable avait été remplie et, jusqu'au jour où l'alinéa 11.1(1)e) avait été abrogé, la Commission des libérations conditionnelles n'était aucunement tenue d'accorder une audience. L'intimé n'avait donc pas un droit correspondant à une telle audience. Le fait que l'intimé ait demandé une audience relative à l'octroi d'une libération conditionnelle avant l'abrogation de la disposition et qu'il ait fait de grands efforts pour remplir la condition préalable à son droit ne transformait pas un droit inexistant en un droit acquis ou «naissant». Le juge de première instance a confondu les mesures procédurales exigées et prises pour acquérir un droit existant avec celles qui sont requises pour remplir une condition préalable à l'existence de ce droit. ^b

Le juge MacGuigan, J.C.A. (*dissent*): La démarche suivie par la majorité était trop formaliste. L'inévitabilité immédiate d'une mesure d'expulsion fait que celle-ci équivalait à une ordonnance effective, et elle constituait une exécution suffisante de la condition exigée par l'alinéa 11.1(1)e) concernant la tenue d'une audience relative à l'octroi d'une libération conditionnelle. Cette audience n'avait qu'une seule issue possible. Les circonstances conféraient à l'intimé le droit «naissant» de soumettre son cas à la Commission des libérations conditionnelles. ^c

LOIS ET RÈGLEMENTS ^d

Crown Lands Act, R.S.N. (1970), ch. 71, art. 6(3).

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43c).

Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. (1992), ch. 20, art. 213.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27, 32(5)a) (mod. par L.R.C., (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 5; (4^e suppl.), ch. 28, art. 11).

Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, DORS/78-428, art. 11.1(1)e) (édicte par DORS/79-88, art. 3; 86-817, art. 3; 91-563, art. 7; abrogé par DORS/92-620, art. 1). ^e

JURISPRUDENCE ^f

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Scott v. College of Physicians and Surgeons (Saskatchewan), [1993] 1 W.W.R. 533 (C.A. Sask.); *Re Chafe and Power* (1980), 117 D.L.R. (3d) 117 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] A.C. 901 (P.C.). ^g

CONSIDERED:

Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario (1981), 32 O.R. (2d) 240; 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] CTC 120 (C.A.); *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 1 (Ex. Ct.).

REFERRED TO:

Re Strata Plan VR 29 (Owners) and Registrar Vancouver Land Registration et al. (1978), 91 D.L.R. (3d) 528; [1978] 6 W.W.R. 557 (B.C.S.C.).

APPEAL from trial judgment, [1993] 3 F.C. 487, ordering the appellants to comply with the statutory requirements of the *Parole Act* and Regulations and to grant the respondent a hearing for parole by exception for the purposes of deportation. Appeal allowed.

COUNSEL:

David Lucas for appellants.
David H. Linetsky and *Milton Hartman* for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Linetsky, Hartman, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A. (*dissenting*): I cannot agree. In my view, the approach adopted by my brothers takes the law in a more formalistic direction than I would wish to see it move.

On the facts, as of October 20, 1992, the Minister had cancelled the respondent's permit to enter Canada, ordered him to leave the country, and made him the subject of a report which had the effect of immediately triggering an adjudication hearing, which unfortunately for purely administrative reasons could not be held before November 18, 1992. By his affidavit of the same day, the respondent declared that he was not a Convention refugee, with-

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario (1981), 32 O.R. (2d) 240; 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] CTC 120 (C.A.); *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 1 (C. de l'É.).

DÉCISION CITÉE:

Re Strata Plan VR 29 (Owners) and Registrar Vancouver Land Registration et al. (1978), 91 D.L.R. (3d) 528; [1978] 6 W.W.R. 557 (C.S.C.-B.).

APPEL d'un jugement de première instance, [1993] 3 C.F. 487, ordonnant aux appelants de se conformer aux exigences de la *Loi sur la libération conditionnelle* et du règlement y afférent et d'accorder à l'intimé une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion. Appel accueilli.

AVOCATS:

David Lucas pour les appelants.
David H. Linetsky et *Milton Hartman* pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.
Linetsky, Hartman, Montréal, pour l'intimé.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A. (*dissident*): Je ne suis pas d'accord. Selon moi, la démarche que mes confrères ont suivie donne à la loi une orientation plus formaliste que celle que j'aurais voulu la voir suivre.

D'après les faits, au 20 octobre 1992 le ministre avait annulé l'autorisation donnée à l'intimé d'entrer au Canada, il lui avait ordonné de quitter le pays et il avait établi à son endroit un rapport, lequel avait eu pour effet de donner lieu aussitôt à une audience d'arbitre qui, malheureusement, pour des raisons purement administratives, ne pouvait être tenue avant le 18 novembre 1992. Dans son affidavit daté du même jour, l'intimé a déclaré qu'il n'était pas un réfugié au

drew and abandoned any such claim, and consented to the issuance of a deportation order against him.¹ In the circumstances, therefore, as the reasons for decision of the Adjudicator on November 18 reveal, he had no option not to make an order of deportation.² On the facts, that order was inevitable. The respondent's death would, of course, have vitiated such a result, but only by putting an end to the problem, along with the respondent himself.

To my mind, the immediate inevitability of an order of deportation makes it tantamount to an actual order, and is a sufficient fulfilment of the condition required by paragraph 11.1(1)(e) of the *Parole Regulations* [SOR/78-428 (as enacted by SOR/79-88, s. 3; as am. by SOR/86-817, s. 3; SOR/91-563, s. 7) (prior to repeal [SOR/92-620, s. 1]) for a hearing before the Parole Board. Such a result goes only a step beyond that already taken by the Ontario Court of Appeal in *Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario* (1981), 32 O.R. (2d) 240, at page 250, where Thorson J.A. said that “[a] right is no less a right recognized by the law solely because all of the steps necessary to be taken before it can be acted upon may not yet have been taken.”

¹ Normally, a deportation order is considered to be, although not a punishment, at least a disadvantage to an immigration claimant, but the respondent's embracing it here seems to have converted it into a right for purposes of these facts, and the case was argued on that basis. In any event, s. 43(c) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, C. 1-21, provides that the repeal of legislation does not affect “any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed” [emphasis added].

² The Adjudicator (Appeal Book, at pp. 57-58) gave two reasons for his decision: (1) that on the admitted facts the respondent had no right to remain in Canada; (2) that in any event he was inadmissible as a person who, if applying for entry to Canada then, would be inadmissible because convicted of an offence in Canada punishable by ten years or more of imprisonment, for which he was liable to deportation on October 20, the date on which the Minister decided that an inquiry should take place.

sens de la Convention, qu'il retirait toute revendication de cette nature et y renonçait, et qu'il consentait à ce qu'une mesure d'expulsion soit prise à son endroit¹. Dans les circonstances, par conséquent, ainsi que le révèlent les motifs de décision de l'arbitre datés du 18 novembre, ce dernier n'avait pas d'autre choix que de prendre une mesure d'expulsion². Au vu des faits, cette dernière était inévitable. Le décès de l'intimé aurait évidemment entraîné la nullité d'un tel résultat, mais seulement en faisant disparaître le problème, ainsi que l'intimé lui-même.

À mon sens, l'inévitabilité immédiate d'une mesure d'expulsion fait que celle-ci équivaut à une ordonnance effective et elle constitue une exécution suffisante de la condition qu'exige l'alinéa 11.1(1)e) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* [DORS/78-428 (édicte par DORS/79-88, art. 3; mod. par DORS/86-817, art. 3; DORS/91-563, art. 7) (avant son abrogation [DORS/92-620, art. 1]) relativement à la tenue d'une audience devant la Commission des libérations conditionnelles. Un tel résultat ne va que légèrement au-delà de celui auquel est déjà arrivé la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario* (1981), 32 O.R. (2d) 240, à la page 250 du recueil, où le juge Thorson a déclaré que [TRADUCTION] «[u]n droit n'en est pas moins un droit reconnu par la loi uniquement parce que toutes les mesures qui doivent être prises avant de pouvoir y donner suite ne l'ont peut-être pas été».

¹ Habituellement, une mesure d'expulsion est considérée non comme une sanction mais au moins comme un désavantage pour un demandeur de l'immigration; cependant, en l'espèce, l'intimé semble l'avoir transformée en un droit pour les fins des faits en question, et l'affaire a été plaidée sur cette base. De toute façon, l'alinéa 43c) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. 1-21, porte que l'abrogation d'un texte de loi ne porte pas atteinte «aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé» [le soulignement est de moi].

² L'arbitre (dossier d'appel, aux p. 57 et 58) a justifié sa décision de deux façons: 1) que, au vu des faits reconnus, l'intimé n'avait pas le droit de rester au Canada; 2) que, de toute façon, il n'était pas admissible à titre d'individu, qui, s'il demandait l'autorisation d'entrer au Canada à ce moment, ne serait pas admissible parce qu'il avait été reconnu coupable d'une infraction commise au Canada et punissable d'une peine d'emprisonnement de dix ans ou plus, pour laquelle il était passible d'être expulsé le 20 octobre, soit la date à laquelle le ministre avait décidé qu'il fallait tenir une enquête.

We are not dealing here with the mere natural affluxion of time. There is an immediacy, as well as an inevitability, in the circumstances, the deportation hearing having been set for November 18, with only one result possible.

As Thurlow J. (as he then was) pointed out in *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 1 (Ex. Ct.), at page 12, the real difficulty in such a case is to determine whether there is "anything that answers to the description of the words 'right' or 'privilege'" in the *Interpretation Act*. In my opinion the circumstances in the case at bar provide the respondent with such an accruing right. In this I concur entirely with the full and cogent reasons for decision of the Trial Judge [[1993] 3 F.C. 487].

Of course, the right which I find the respondent to have is merely to have his case taken under consideration by the Parole Board, which in the exercise of its discretion might well refuse it, a matter on which I express no viewpoint whatsoever.

In my opinion the appeal should therefore be dismissed. No request was made for costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.:

Facts and procedure

This is an appeal from a decision of a Judge of the Trial Division granting the respondent a *mandamus* with *certiorari* in aid and ordering the appellants to comply with the mandatory statutory requirements of the *Parole Act*³ and paragraph 11.1(1)(e) of the Regulations⁴ and to grant the respondent a hearing for parole by exception for the purposes of deportation. The learned Trial Judge found that the respondent had an "accruing" right to parole review under para-

³ R.S.C., 1985, c. P-2.

⁴ SOR/78-428 (as enacted by SOR/79-88, s. 3; as am. by SOR/86-817, s. 3; SOR/91-563, s. 7).

Nous n'avons pas affaire en l'espèce au simple écoulement naturel du temps. Les circonstances présentent un caractère immédiat, de même qu'une inévitabilité, l'audience relative à l'expulsion ayant été fixée au 18 novembre, et il n'y a qu'un seul résultat possible.

Comme l'a fait remarquer le juge Thurlow (tel était alors son titre) dans la décision *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 1 (C. de l'É.), à la page 12, la véritable difficulté qui se pose dans une telle affaire est de déterminer s'il existe [TRADUCTION] «un élément quelconque qui répond à la description des mots «droit» ou «privilège»» dans la *Loi d'interprétation*. À mon avis, les circonstances de l'espèce confèrent à l'intimé un tel droit «naissant». À cet égard, je souscris sans réserve aux motifs de décision exhaustifs et convaincants du juge de première instance [[1993] 3 C.F. 487].

Évidemment, l'intimé a, selon moi, seulement le droit de faire soumettre son cas à la Commission des libérations conditionnelles qui, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est dévolu, pourrait fort bien le rejeter, et il s'agit là d'un point sur lequel je n'émet aucune opinion que ce soit.

À mon avis, il faudrait donc rejeter l'appel. Aucune demande n'a été faite quant aux dépens.

* * *

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.:

Les faits et la procédure

Il s'agit d'un appel relatif à une décision par laquelle un juge de la Section de première instance a accordé à l'intimé un bref de *mandamus* assorti d'un bref de *certiorari* et a ordonné aux appelants de se conformer aux exigences légales impératives de la *Loi sur la libération conditionnelle*³ et de l'alinéa 11.1(1)(e) du Règlement⁴ et d'accorder à l'intimé une audience en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion.

³ L.R.C. (1985), ch. P-2.

⁴ DORS/78-428 (édicte par DORS/79-88, art. 3; mod. par DORS/86-817, art. 3; DORS/91-563, art. 7).

graph 11.1(1)(e) of the *Parole Regulations* at the time that paragraph was repealed on November 1, 1992.⁵

The respondent, who is an American, sought with seven other Americans to import in Canada a large quantity of hashish. They were extradited to Canada. The respondent was convicted on October 13, 1992 of conspiracy to traffic in a narcotic and sentenced to eight and a half years' imprisonment.

Following the respondent's conviction, the deportation process was activated. On October 20, 1992, a report was prepared under subsection 27(2) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] setting out the fact that the respondent was part of an inadmissible category: the respondent is not a Canadian citizen or permanent resident and would not be granted entry if he applied for it. The report was immediately reviewed by a designate of the Deputy Minister who directed pursuant to subsection 27(3) of the *Immigration Act* that an inquiry be held. The earliest available date for a hearing was November 18, 1992. The inquiry was on consent set to that date and, at the end of it, a deportation order was issued.

On October 20, 1992, the respondent was informed by his counsel that the *Parole Act* and its Regulations were to be repealed on November 1, 1992 and that, as a result, he would lose his right to parole by exception for the purposes of deportation. The repealed provision, to wit paragraph 11.1(1)(e) of the Regulations, read:

11.1 (1) Subject to subsection (2), sections 5 and 9 do not apply to an inmate

(e) who is the subject of a deportation order under the *Immigration Act*, an order to be surrendered under the *Extradition Act* or an order for return under the *Fugitive Offenders Act*,

⁵ SOR/92-620. The *Parole Act* was repealed by s. 213 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20.

Le juge de première instance a déterminé que l'intimé jouissait d'un droit «naissant» à un examen en vue de l'octroi d'une libération conditionnelle en vertu de l'alinéa 11.1(1)e) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* à l'époque où cet alinéa a été abrogé, le 1^{er} novembre 1992⁵.

L'intimé, qui est de nationalité américaine, avait tenté avec sept autres américains d'importer au Canada une quantité considérable de haschich. Ils ont été extradés au Canada. Le 13 octobre 1992, l'intimé a été déclaré coupable d'avoir comploté en vue de faire le trafic d'un stupéfiant, et a été condamné à une peine d'emprisonnement de 8 ans et demi.

Le processus d'expulsion a été enclenché après la condamnation de l'intimé. Le 20 octobre 1992, un rapport a été établi en vertu du paragraphe 27(2) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] où l'on a indiqué que l'intimé appartenait à une catégorie non admissible: l'intimé n'est pas citoyen canadien ou résident permanent et n'obtiendrait pas l'autorisation de séjour s'il en faisait la demande. Ce rapport a été aussitôt examiné par une personne désignée par le sous-ministre, qui, en application du paragraphe 27(3) de la *Loi sur l'immigration*, a ordonné qu'une enquête soit tenue. La date d'audience disponible la plus rapprochée était le 18 novembre 1992. Avec le consentement des parties, la tenue de l'enquête a été fixée à cette date et, à l'issue de l'enquête, une ordonnance d'expulsion a été émise.

Le 20 octobre 1992, l'avocat de l'intimé a informé ce dernier que la *Loi sur la libération conditionnelle* et le *Règlement* y afférent seraient abrogés le 1^{er} novembre suivant et que, de ce fait, il n'aurait plus droit à une libération conditionnelle à titre exceptionnel pour fins d'expulsion. Le texte de la disposition abrogée, savoir l'alinéa 11.1(1)e) du *Règlement*, est le suivant:

11.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), les articles 5 et 9 ne s'appliquent pas à un détenu:

e) qui est visé par une mesure d'expulsion prise en vertu de la *Loi sur l'immigration* [*Loi sur l'immigration de 1976*], par un arrêté d'extradition pris en vertu de la *Loi sur l'extra-*

⁵ DORS/92-620. La *Loi sur la libération conditionnelle* a été abrogée par l'art. 213 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20.

where the order requires that the inmate be detained until deported, surrendered or returned, as the case may be.

From that moment, the respondent did whatever he could, but to no avail, to be made the subject of a deportation order before paragraph 11.1(1)(e) was repealed on November 1, 1992. I shall add, in passing, that there is no evidence that the authorities somewhat delayed the process. On the contrary, the respondent was convicted on October 13 and the full process leading to a deportation order was completed by November 18.

On December 22, 1992, the respondent was informed by Parole Board officials that his request for a parole hearing could not be granted because he did not meet the requirements of paragraph 11.1(1)(e) until November 18, 1992. Hence, the proceedings seeking a *mandamus* to compel the grant of a parole hearing.

The decision under appeal

Before the Trial Judge and before us, the respondent contended on the basis of paragraph 43(c) of the *Interpretation Act*⁶ that he had an “accruing” right to a parole review under paragraph 11.1(1)(e) of the repealed Regulations given the inevitability of a deportation order being rendered:

43. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed.

The learned Trial Judge reviewed the case law relating to “accrued” and “accruing” rights based on a repealed legislative provision. For the respondent to succeed in his claim, he concluded that there must have been a right at issue⁷ and that such right must have had a sufficiently advanced “accruing” status

⁶ R.S.C., 1985, c. I-21.

⁷ *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 1 (Ex. Ct.).

dition ou par une ordonnance de renvoi prise en vertu de la *Loi sur les criminels fugitifs*, exigeant qu’il reste incarcéré jusqu’à son expulsion, son extradition ou son renvoi, selon le cas.

Dès ce moment, l’intimé a fait tout ce qu’il pouvait, sans succès cependant, pour qu’une mesure d’expulsion soit prise à son endroit avant que l’alinéa 11.1(1)(e) soit abrogé le 1^{er} novembre 1992. J’ajouterais en passant qu’il n’y a aucune preuve que les autorités ont retardé de quelque façon le processus. Au contraire, l’intimé a été déclaré coupable le 13 octobre et tout le processus menant à la prise d’une mesure d’expulsion était terminé le 18 novembre.

Le 22 décembre 1992, la Commission nationale des libérations conditionnelles a avisé l’intimé que sa demande d’audience en vue de l’octroi d’une libération conditionnelle ne pouvait être admise parce qu’il ne satisfaisait pas aux exigences de l’alinéa 11.1(1)(e) avant le 18 novembre 1992. D’où les procédures relatives à l’obtention d’un bref de *mandamus* pour obliger à tenir une audience relative à l’octroi d’une libération conditionnelle.

La décision visée par l’appel

Devant le juge de première instance et devant nous, l’intimé a prétendu, en se fondant sur l’alinéa 43(c) de la *Loi d’interprétation*⁶, qu’il jouissait d’un droit dit «naissant» à une audience en vue de l’octroi d’une libération conditionnelle, par application de l’alinéa 11.1(1)(e) du Règlement abrogé, vu l’inévitabilité du fait qu’une mesure d’expulsion serait prise:

43. L’abrogation, en tout ou en partie, n’a pas pour conséquence:

(c) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé.

Le juge de première instance a passé en revue la jurisprudence traitant des droits «acquis» et «nais-sants» découlant d’une disposition législative abrogée. Il a conclu que, pour que l’intimé obtienne gain de cause, il fallait qu’il y ait un droit en cause⁷ et que l’«acquisition» de ce droit devait être suffisamment

⁶ L.R.C. (1985), ch. I-21.

⁷ *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney-General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 1 (C. de l’É.).

prior to or at the time of the repeal.⁸ He also added that some step must have been taken or some event must have occurred toward the realization of the right before the repeal of the enactment.⁹

Applying these principles to the facts of this case, the learned Trial Judge concluded as follows [at page 503]:

I have concluded that the present applicant has also satisfied both criteria and is thus entitled to the relief sought. He has established a right particular to himself. He has availed himself in fact of the possibility presented by the exception in paragraph 11.1(1)(e) and thereby placed himself in the requisite distinctive legal position. He has also met the second criterion of acting upon that right sufficiently to warrant its protection, having gone through all the available procedural steps in order to obtain the deportation order that would perfect his right to parole review, and having in fact applied for parole review.

Whether the respondent had an “accruing” right to a parole hearing

With respect, I disagree. The respondent’s right under paragraph 11.1(1)(e) was subject to a statutory condition, to wit the issuance of a deportation order. It was a statutory condition precedent to the existence of his right. The respondent had no right under that paragraph until the condition precedent to its existence had been satisfied. He had no right to a parole hearing for purposes of deportation unless and until a deportation order was issued against him. As such order was only issued after the repeal of paragraph 11.1(1)(e), the respondent did not meet the first criterion as he simply had no right.

Nor can it be said that he had met the second criterion. It is one thing to take procedural steps to acquire or realize an existing right. It is another to take such steps to merely realize a condition precedent to the existence of the said right. One cannot be accruing a non-existing right. To put it another way, a right cannot be accruing when its very existence is conditional

⁸ In *Re Strata Plan VR 29 (Owners) and Registrar Vancouver Land Registration et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 528 (B.C.S.C.).

⁹ *Scott v. College of Physicians and Surgeons (Saskatchewan)*, [1993] 1 W.W.R. 533 (Sask. C.A.).

avancée avant l’abrogation ou au moment où celle-ci était intervenue⁸. Il a aussi ajouté qu’une certaine mesure devait avoir été prise ou qu’un certain fait devait avoir eu lieu en vue de la concrétisation du droit avant que le texte législatif soit abrogé⁹.

Appliquant ces principes aux faits de l’espèce, le juge de première instance a conclu ce qui suit [à la page 503]:

Je suis arrivé à la conclusion qu’en l’espèce, le requérant a aussi satisfait aux deux critères et a donc droit à la mesure de redressement qu’il sollicite. Il a établi l’existence d’un droit particulier. En fait, il s’est prévalu de la possibilité qu’offre l’exception prévue à l’alinéa 11.1(1)e) et s’est donc placé dans la position juridique distinctive requise. Il satisfait aussi au second critère, soit celui d’avoir suffisamment donné suite à ce droit pour qu’il soit justifié de le protéger, en ayant franchi toutes les étapes procédurales disponibles pour obtenir la mesure d’expulsion qui rendrait parfait son droit à un examen relatif à l’octroi d’une libération conditionnelle, et en ayant en fait demandé un tel examen.

L’intimé avait-il un droit «naissant» à une audience relative à l’octroi d’une libération conditionnelle?

Ceci étant dit en termes respectueux, je ne suis pas d’accord. Le droit accordé à l’intimé en vertu de l’alinéa 11.1(1)e) était soumis à une condition légale, à savoir la prise d’une mesure d’expulsion. Cette condition était préalable à l’existence dudit droit. L’intimé n’avait aucun droit en vertu de cet alinéa avant d’avoir satisfait à la condition préalable à l’existence de ce droit. Il n’avait droit à une audience relative à l’octroi d’une libération conditionnelle pour fins d’expulsion qu’à la condition qu’une mesure d’expulsion ait été prise à son égard. Comme celle-ci n’a été prise qu’après l’abrogation de l’alinéa 11.1(1)e), l’intimé ne satisfaisait pas au premier critère car il ne jouissait tout simplement d’aucun droit.

On ne peut pas dire non plus qu’il satisfaisait au second critère. Prendre des mesures procédurales pour acquérir ou concrétiser un droit existant est une chose; en prendre pour remplir une condition préalable à l’existence de ce droit en est une autre. On ne peut acquérir un droit inexistant. En d’autres termes, un droit ne peut être en voie d’acquisition lorsque son

⁸ *Re Strata Plan VR 29 (Owners) and Registrar Vancouver Land Registration et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 528 (C.S.C.-B.).

⁹ *Scott v. College of Physicians and Surgeons (Saskatchewan)*, [1993] 1 W.W.R. 533 (C.A. Sask.).

on some other event which has not yet materialized. For example, if upon application a legislative provision confers a benefit to a person who is 40 years of age and if that provision is repealed, can it be seriously contended that a person who is 20 or 39 has an accruing right to that benefit because he applied for it before the provision was repealed?

The respondent contends that his deportation was inevitable and therefore that the condition precedent would have necessarily been met. But, barring death which would also make a deportation order a useless and impossible condition to meet, so would have been, for example, an objective requirement like age. Yet in both cases there is no right to the benefit conferred by the repealed provision until the condition is actually met.

In addition, the Adjudicator who was required to hold a deportation hearing still had to determine whether or not the respondent was a member of an inadmissible class under paragraph 32(5)(a) [as amended by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 5; *idem* (4th Supp.), c. 28, s. 11] of the *Immigration Act*. The fact that that decision was an easy one to make because of the respondent's willingness to admit that he was a member of an inadmissible class and the fact that, in that sense, the deportation order was inevitable do not relieve the Adjudicator of the duty to follow the procedure enacted by Parliament. He had to hold a hearing and render a formal decision at which time the statutory condition for a parole hearing would be met.

There is consensus among the authorities on the need to satisfy statutory conditions precedent to the existence of a right before claiming it. After reviewing a number of cases dealing with the notion of "accruing rights", Cameron J.A. wrote in *Scott v. College of Physicians and Surgeons*:

In each of these cases "rights", as such, had become specific to the person claiming them, and the events or conditions specified in the repealed statute had occurred or been met before repeal. And so in each, the person asserting the right was held

existence même est subordonnée à un autre fait qui ne s'est pas encore réalisé. Par exemple, si, sur demande, une disposition législative confère un avantage à une personne âgée de 40 ans et que cette disposition soit abrogée, peut-on soutenir avec sérieux qu'une personne âgée de 20 ans ou de 39 ans jouit d'un droit «naissant» à cet avantage parce qu'il en fait la demande avant l'abrogation de la disposition?

L'intimé soutient que son expulsion était un fait inévitable et qu'en conséquence, la condition préalable aurait été nécessairement remplie. Cependant, à moins d'un décès, qui aurait aussi fait d'une mesure d'expulsion une condition inutile et impossible à remplir, il en aurait été de même, par exemple, d'une condition objective, comme l'âge. Cependant, dans les deux cas, il ne peut y avoir de droit à l'avantage que confère la disposition abrogée avant que la condition soit effectivement remplie.

De plus, l'arbitre qui était tenu de procéder à une audience relative à l'expulsion avait quand même à déterminer si l'intimé appartenait ou non à une catégorie non admissible aux termes de l'alinéa 32(5)(a) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 5; *idem* (4^e suppl.), ch. 28, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*. Le fait que la décision était facile à prendre parce que l'intimé était disposé à reconnaître qu'il appartenait à une catégorie non admissible et le fait que, dans ce sens, la mesure d'expulsion était inévitable ne libèrent pas l'arbitre de l'obligation de se conformer à la procédure que le législateur a édictée. L'arbitre devait tenir une audience et rendre une décision officielle après quoi la condition légale concernant la tenue d'une audience relative à l'octroi d'une libération conditionnelle aurait été remplie.

On note dans la jurisprudence une uniformité d'opinion au sujet de la nécessité de remplir les conditions légales qui sont préalables à l'existence d'un droit avant de revendiquer ce dernier. Après avoir passé en revue un certain nombre de décisions portant sur la notion des droits dits «naissants», le juge d'appel Cameron a écrit ce qui suit dans la décision *Scott v. College of Physicians and Surgeons*:

[TRADUCTION] Dans chacune de ces affaires, des «droits», en tant que tels, étaient devenus propres à la personne qui les revendiquait, et les faits qui devaient avoir lieu ou les conditions qu'il fallait remplir, tels que précisés dans le texte de loi

to have had an “acquired” or “accrued right” as of the day of repeal. [Emphasis added.]¹⁰

The case of *Re Chafe and Power*¹¹ bears some analogy with the present instance. In that case, the applicant could obtain a grant if the Minister was satisfied that the conditions specified in the lease had been complied with within the required time. By the time the Minister had become satisfied that the terms of the lease had been complied with, his obligation to issue the applicant a grant for agriculture under subsection 6(3) of the *Crown Lands Act* [R.S.N. 1970, c. 71] had been removed. In dismissing the applicant’s claim that he had an “accruing” right, Goodridge J. wrote:

Nevertheless, I cannot find that up to the time that the legislation was repealed any obligation existed, and in the absence of an obligation, I cannot find that any right existed.

It cannot be said that an interest in land is accruing merely because the occupier is doing certain work thereon that when completed will entitle him to such an interest. Contractual rights may arise upon completion of the work but statutory rights only accrue if the provision for the same exists when the conditions precedent have been fulfilled.

Quite apart from that, it is not the clearing and cultivation that is the condition precedent here, but the satisfying of the Minister as to compliance with the terms of the lease.

I do not think it can be argued that a right may partly exist—that “accruing” refers to the performance of conditions precedent in sequence. [Underlining added.]¹²

In the case at bar, the legislative provision did not exist at the time the statutory condition precedent was fulfilled and, up to the time the *Parole Act* and Regulations were repealed, no obligation existed on the Parole Board to grant a hearing. There being no obligation on the Parole Board, there was no corresponding right in the respondent to such a hearing. The fact that the respondent applied for a parole hearing

abrogé, l’avaient été avant l’abrogation. C’est ainsi que, dans chaque affaire, la personne qui faisait valoir le droit était réputée avoir eu un droit «acquis» à la date de l’abrogation. [C’est moi qui souligne.]¹⁰

a Dans la décision *Re Chafe and Power*¹¹, qui présente une certaine similitude avec l’espèce, la partie requérante pouvait obtenir une subvention si le ministre était convaincu que les conditions précisées dans le bail avaient été remplies dans le délai imparti.

b Au moment où le ministre était devenu convaincu que les conditions du bail avaient été remplies, l’obligation dans laquelle il se trouvait de remettre au requérant une subvention agricole visée au paragraphe 6(3) de la *Crown Lands Act* [R.S.N. 1970, ch. 71] n’existait plus. En rejetant la demande de la partie requérante, qui disait bénéficier d’un droit «naissant», le juge Goodridge a déclaré ceci:

d [TRADUCTION] Néanmoins, je ne puis conclure qu’avant l’abrogation de la loi il existait une obligation quelconque, et, en l’absence de toute obligation, je ne puis conclure qu’il existait un droit quelconque.

e On ne peut dire qu’un droit à un bien-fonds est «naissant» simplement parce que l’occupant dudit bien-fonds effectue sur ce dernier des travaux qui, une fois terminés, le rendront admissible à ce droit. Il est possible que l’achèvement des travaux donne lieu à des droits contractuels mais on n’acquiert des droits légaux que si la disposition qui les prévoit existait lorsque les conditions préalables ont été remplies.

f Indépendamment de cela, ce ne sont pas les travaux de défrichage et de culture qui constituent la condition préalable dans cette affaire, mais le fait d’avoir convaincu le ministre que les conditions du bail ont été respectées.

g Je ne crois pas que l’on puisse faire valoir qu’un droit peut exister en partie—que le mot «naissant» fait référence au fait de remplir des conditions préalables les unes à la suite des autres. [C’est moi qui souligne.]¹²

h En l’espèce, la disposition législative n’existait pas à l’époque où la condition légale préalable a été remplie et, jusqu’au jour où la *Loi sur la libération conditionnelle* et le Règlement y afférent ont été abrogés, la Commission des libérations conditionnelles n’était nullement tenue d’accorder une audience. La Commission des libérations conditionnelles n’étant soumise à aucune obligation, l’intimé n’avait pas un

¹⁰ *Id.*, at p. 545.

¹¹ (1980), 117 D.L.R. (3d) 117 (Nfld. S.C.T.D.).

¹² *Id.*, at pp. 124-125.

¹⁰ *Ibidem*, à la p. 545.

¹¹ (1980), 117 D.L.R. (3d) 117 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.).

¹² *Ibidem*, aux p. 124 et 125.

before the repeal of the provision and that he worked hard, but in vain, to realize the condition precedent to his right cannot and does not change a non-existing right into an acquired or accruing right. As the Privy Council said in *Director of Public Works v. Ho Po Sang*,¹³ a case dealing with accrued rights:

It is one thing to invoke a law for the adjudication of rights which have already accrued prior to the repeal of that law; it is quite another matter to say that, irrespective of whether any rights exist at the date of the repeal, if any procedural step is taken prior to the repeal, then, even after the repeal the applicant is entitled to have that procedure continued in order to determine whether he shall be given a right which he did not have when the procedure was set in motion.¹⁴

It would have been different if the respondent's right had existed because the condition precedent had been satisfied and if procedural steps had been taken to realize or acquire that right prior to or at the time the regulatory provision was repealed. In my view, the learned Trial Judge confused the procedural steps required and taken to acquire or realize an existing right with the procedural steps required and taken to realize a condition precedent to the existence of such right. As Goodridge J. said in *Re Chafe and Power*,¹⁵ "accruing" right under paragraph 43(c) of the *Interpretation Act* does not refer to the performance of conditions precedent.

There is no doubt the respondent was liable to a deportation hearing under the *Immigration Act* and that he took the necessary steps to be made the subject of a deportation order. That, however, does not confer him an "accruing" right to a parole hearing under the *Parole Act* when a deportation order under the *Immigration Act* is a statutory condition precedent to the existence of that right under the *Parole Act* and such condition had not been met at the time the pro-

droit correspondant à une telle audience. Le fait que l'intimé ait demandé une audience relative à l'octroi d'une libération conditionnelle avant que la disposition soit abrogée et qu'il ait fait de grands efforts, en vain toutefois, pour remplir la condition préalable à son droit, ne peut transformer et ne transforme pas un droit inexistant en un droit acquis ou «naissant». Comme l'a dit le Conseil privé dans l'affaire *Director of Public Works v. Ho Po Sang*¹³, une décision portant sur des droits acquis:

[TRADUCTION] Invoquer une loi pour l'attribution de droits déjà acquis avant l'abrogation de ladite loi est une chose; la situation est tout autre lorsque l'on dit que, indépendamment du fait qu'il existe un droit quelconque à la date de l'abrogation, si une mesure procédurale est prise avant l'abrogation, alors, même après cette dernière, la partie requérante a droit à ce que la procédure se poursuive afin de déterminer si on lui attribuera ou non un droit qu'elle n'avait pas lorsque ladite procédure a été mise en marche¹⁴.

Les choses auraient été différentes si le droit de l'intimé avait existé parce que la condition préalable avait été remplie et si des mesures procédurales avaient été prises pour concrétiser ou acquérir ce droit au moment de l'abrogation de la disposition réglementaire ou auparavant. À mon sens, le juge de première instance a confondu les mesures procédurales exigées et prises pour acquérir ou concrétiser un droit existant avec celles qui sont exigées et prises pour remplir une condition préalable à l'existence de ce droit. Comme l'a indiqué le juge Goodridge dans l'affaire *Re Chafe and Power*¹⁵, les droits «acquis» dont il est question à l'alinéa 43c) de la *Loi d'interprétation* ne font pas référence à l'exécution de conditions préalables.

Il ne fait aucun doute que l'intimé pouvait être l'objet d'une audience relative à son expulsion en vertu de la *Loi sur l'immigration* et qu'il a pris les mesures nécessaires pour qu'une mesure d'expulsion soit prise à son endroit. Cependant, cela ne lui confère pas un droit dit «naissant» à une audience relative à l'octroi d'une libération conditionnelle en vertu de la *Loi sur la libération conditionnelle* quand une mesure d'expulsion prévue par la *Loi sur l'immigra-*

¹³ [1961] A.C. 901 (P.C.), per Lord Morris of Borth-y-Gest quoting with approval the observation of Blain-Kerr J.

¹⁴ *Id.*, at p. 922.

¹⁵ *Supra*, note 11, at p. 125.

¹³ [1961] A.C. 901 (P.C.), par lord Morris of Borth-y-Gest, citant en y souscrivant l'observation du juge Blain-Kerr.

¹⁴ *Ibidem*, à la p. 922.

¹⁵ Affaire précitée, note 11, à la p. 125.

vision of the *Parole Act* and Regulations was repealed.

For these reasons, I would allow the appeal and set aside the judgment granting a *mandamus* with *certiorari* in aid against the appellants. There should be no order as to costs as the appellants have not sought them.

MAHONEY J.A.: I agree.

tion est une condition légale préalable à l'existence du droit prévu par la *Loi sur la libération conditionnelle* et que cette condition n'avait pas été remplie au moment où la disposition applicable de la *Loi sur la libération conditionnelle* et du Règlement y afférent a été abrogée.

Pour les motifs qui précèdent, je ferais droit à l'appel et j'infirmes le jugement accordant un bref de *mandamus* assorti d'un bref de *certiorari* à l'encontre des appelants. Aucune ordonnance ne devrait être rendue quant aux dépens car les appelants ne les ont pas demandés.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: J'y souscris.

A-1616-92

A-1616-92

Line Beaudoin (Applicant)**Line Beaudoin (requérante)**

v.

c.

**The Minister of National Health and Welfare and
Jacinthe Smades (Respondents)****Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être
social et Jacinthe Smades (intimés)***INDEXED AS: BEAUDOIN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL
HEALTH AND WELFARE) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: BEAUDOIN c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ
NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (C.A.)*Court of Appeal, Stone, MacGuigan and Robertson
J.J.A.—Ottawa, May 26 and 31, 1993.Cour d'appel, juges Stone, MacGuigan et Robertson,
J.C.A.—Ottawa, 26 et 31 mai 1993.

Official languages — Official Languages Act, s. 14 entitles person to use official language of choice before federal tribunal — S. 15 obligates tribunal to ensure such evidence heard as requested — Unrepresented party's bona fide request, on notice, for hearing in other official language must always be respected — Denial of request denial of natural justice, since fetters party's ability to present case in own way.

Langues officielles — L'art. 14 de la Loi sur les langues officielles permet à une personne d'employer la langue officielle de son choix devant un tribunal fédéral — L'art. 15 oblige le tribunal à veiller à ce que ce témoignage soit entendu comme il a été demandé — La demande faite de bonne foi et sur préavis par une partie qui n'est pas représentée pour obtenir qu'une audience se déroule dans l'autre langue officielle doit toujours être respectée — Le rejet de cette demande équivaut à un déni de justice naturelle, puisqu'il diminue la capacité de la partie de présenter sa cause à sa façon.

Pensions — Canada Pension Plan defining "spouse" as person cohabiting with deceased contributor in conjugal relationship at time of contributor's death, having so cohabited for continuous period of at least one year — Continuous period need not immediately precede death.

Pensions — Le Régime de pensions du Canada définit le terme «conjoint» comme une personne qui a cohabité avec le cotisant décédé dans le cadre d'une relation matrimoniale au moment du décès de celui-ci, et a cohabité avec lui pendant une période continue d'au moins un an — Cette période continue n'a pas à précéder immédiatement le décès.

This was an application to set aside a decision of the Pension Appeals Board that surviving spouse benefits should be awarded to a legally separated wife rather than to the applicant, a common-law wife, on the ground of breach of natural justice. The applicant, who was not represented by counsel, requested a hearing in French, following on her notice of intervention in that language. *Official Languages Act*, section 14 entitles any person to use his or her official language of choice before a federal tribunal, and section 15 obligates the tribunal to ensure that such evidence is heard as requested. The Board decided that the hearing would take place in English. The applicant was "persuaded" to accept that conclusion. She sat mute except when asked direct questions and played no active role in the presenting of evidence. Upon the Board's request, counsel for the Minister assisted the applicant with respect to the questioning of witnesses and the arguing of legal issues. He did not organize a factual case on the applicant's behalf and could not have done so because he had never met the applicant or any of those present on her behalf.

Il s'agit d'une demande d'annulation de la décision par laquelle la Commission d'appel des pensions a conclu que les prestations de conjoint survivant devraient être adjugées à une femme légalement séparée plutôt qu'à la requérante, une épouse de fait, pour le motif d'une violation de justice naturelle. La requérante, qui n'était pas représentée par avocat, a demandé la tenue d'une audience en français à la suite de son avis d'intention dans cette langue. L'article 14 de la *Loi sur les langues officielles* permet à une personne d'employer la langue officielle de son choix devant un tribunal fédéral, et l'article 15 oblige le tribunal à veiller à ce que ce témoignage soit entendu selon la demande faite. La Commission a décidé que l'audience se déroulerait en anglais. La requérante a été «amenée» à accepter cette conclusion. Elle est restée muette sauf lorsqu'on lui a posé des questions directes, et elle n'a joué aucun rôle actif dans la présentation des éléments de preuve. À la demande de la Commission, l'avocat du ministre a assisté la requérante dans l'interrogation des témoins et dans la présentation des arguments sur des points de droit. Il n'a pas tiré de conclusions de fait pour le compte de la requérante, et il n'aurait pu le faire puisqu'il n'avait jamais rencontré la requérante ni l'un quelconque de ceux qui étaient présents pour le compte de celle-ci.

"Spouse" is defined in the *Canada Pension Plan* as a person of the opposite sex who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the time of the contributor's death,

Le terme «conjoint» est défini dans le *Régime de pensions du Canada* comme une personne du sexe opposé qui cohabite avec le cotisant dans le cadre d'une relation matrimoniale au

having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year. The applicant had a relationship with the deceased contributor for nearly six years until his death at their shared apartment. The Board stated that the issue was whether the deceased contributor was cohabiting with the applicant in a conjugal relationship at the time of his death, having so cohabited for at least one year immediately prior to his death. It concluded that the applicant and the deceased did not cohabit in a conjugal relationship for the prescribed period of time or at the time of death.

Held, the application should be allowed.

The applicant was entitled to a hearing in French. Although the request for a hearing in French was not outright rejected, failure to take the request at face value had the same effect. An unrepresented party's *bona fide* request, on notice, for a hearing in the other official language must always be respected in full, and its denial amounts to a denial of natural justice, since it fetters the requesting party's ability to present a case in his or her own way.

The Board erred in its view as to "the prescribed period of time" as being immediately prior to death. Section 2 does not specifically state that the continuous period of one year must "immediately precede the death".

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 2 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 30, s. 1), 58 (as am. *idem*, s. 26; S.C. 1991, c. 44, s. 12).
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 31, ss. 14, 15.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Health and Welfare v. Decoux, Elaine (1991), C.E.B. & P.G.R. 6206 (Pen. Apps. Bd.).

APPLICATION to set aside a decision of the Pension Appeals Board as to surviving spouse benefits under the *Canada Pension Plan*. The application is allowed and the matter is returned to a different panel for redetermination.

COUNSEL:

Eugene Meehan for applicant.
Brian J. Saunders for respondent, Minister of National Health and Welfare.

moment du décès de celui-ci et a cohabité avec lui pendant une période continue d'au moins un an. La requérante a eu des relations avec le cotisant décédé pendant presque six ans jusqu'à la mort de celui-ci dans l'appartement qu'ils partageaient. La Commission a énoncé la question en l'espèce comme étant celle de savoir si le cotisant décédé cohabitait avec la requérante dans le cadre d'une relation matrimoniale au moment de son décès, ayant ainsi cohabité pendant une période d'au moins un an immédiatement avant sa mort. Elle a conclu que la requérante et le défunt n'avaient pas cohabité dans le cadre d'une relation matrimoniale pendant la période prescrite ni au moment du décès.

Arrêt: la demande doit être accueillie.

La requérante avait droit à la tenue d'une audience en français. Bien que la demande tendant à la tenue d'une audience en français n'ait pas été catégoriquement rejetée, l'omission de prendre la demande au pied de la lettre avait le même effet. La demande faite de bonne foi et sur préavis par une partie qui ne se fait pas représenter pour obtenir qu'une audience se déroule dans l'autre langue officielle doit toujours être respectée en entier, et le rejet de cette demande équivaut à un déni de justice naturelle, puisqu'il diminue la capacité de la partie demanderesse de présenter sa cause à sa façon.

La Commission a eu tort de considérer «la période prescrite» comme précédant immédiatement le décès. L'article 2 ne dit pas expressément que la période d'un an doit «précéder immédiatement le décès».

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 14, 15.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 2 (édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 1), 58 (mod., *idem*, art. 26; L.C. 1991, ch. 44, art. 12).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social c. Decoux, Elaine (1991), C.E.B. & P.G.R. 6206 (Comm. d'appel des pensions).

DEMANDE d'annulation de la décision rendue par la Commission d'appel des pensions quant aux prestations de conjoint survivant en vertu du *Régime de pensions du Canada*. La demande est accueillie et l'affaire est renvoyée à une formation différente pour qu'elle procède à un nouvel examen.

AVOCAT:

Eugene Meehan pour la requérante.
Brian J. Saunders pour l'intimé, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

Dougald E. Brown for respondent Jacinthe Smades.

Dougald E. Brown pour l'intimée Jacinthe Smades.

SOLICITORS:

Lang Michener, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of National Health and Welfare.

Nelligan/Power, Ottawa, for respondent Jacinthe Smades.

PROCUREURS:

Lang Michener, Ottawa, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

Nelligan/Power, Ottawa, pour l'intimée Jacinthe Smades.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

MACGUIGAN J.A.: This is a contest between a legally separated wife and a common-law wife for surviving spouse benefits under the *Canada Pension Plan* ("the Act"), R.S.C., 1985, c. C-8.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit d'un litige entre une femme légalement séparée et une épouse de fait en vue des prestations de conjoint survivant prévues au *Régime de pensions du Canada* («la Loi»), L.R.C. (1985), ch. C-8.

Section 58 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 26; S.C. 1991, c. 44, s. 12] of the Act provides for the payment of pension benefits to "the surviving spouse of a contributor". "Spouse" is defined by subsection 2(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 1], the interpretation provision, as follows:

L'article 58 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 26; L.C. 1991, ch. 44, art. 12] de la Loi prévoit le versement d'une pension de retraite au «conjoint survivant d'un cotisant». Le terme «conjoint» est défini en ces termes au paragraphe 2(1) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 1], la disposition d'interprétation:

2. . . .

"spouse", in relation to a contributor, means,

(a) except in or in relation to section 55 [relating to divorces and annulments]

2. . . .

«conjoint» À l'égard d'un cotisant, s'entend:

a) sauf à l'article 55, de même qu'en ce qui s'y rattache [concernant les divorces et les annulations]

(ii) a person of the opposite sex who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the relevant time, having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year . . .

(ii) d'une personne du sexe opposé qui, à l'époque pertinente, cohabite avec le cotisant dans le cadre d'une relation matrimoniale et a cohabité avec celui-ci pendant une période continue d'au moins un an

and, in the case of a contributor's death, the "relevant time", for greater certainty, means the time of the contributor's death;

Il est entendu que dans le cas de décès d'un cotisant, «époque pertinente» s'entend du moment du décès du cotisant.

The applicant had a relationship with the deceased contributor for nearly six years until he died from a heart attack in the shower of the apartment they shared in late 1989. Her claim to surviving spouse benefits was upheld by the Minister of National Health and Welfare and by a ministerial review committee, but on a further appeal by the respondent Jacinthe Smades to the Pension Appeals Board ("the Board"), the Board decided on November 3, 1992,

La requérante a eu des relations avec le cotisant décédé pendant presque six ans jusqu'à la mort de celui-ci vers la fin de 1989 par suite d'une crise cardiaque alors qu'il prenait une douche dans l'appartement qu'ils partageaient. Sa demande de prestations de conjoint survivant a été confirmée par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et par un comité de révision ministériel, mais par suite d'un autre appel interjeté par l'intimée Jacinthe Smades devant la Commission d'appel des pensions («la

that the benefits should be awarded rather to that respondent.¹

The Board's conclusion was expressed as follows (Application Record at page 58):

We have concluded that, on a balance, the evidence does not disclose that the deceased contributor and Mrs. Beaudoin cohabited in a conjugal relationship for the prescribed period of time or at the time of death.

The Board appears to be in error in its view as to "the prescribed period of time", since it had previously stated the issue in the case as being "whether the deceased contributor was cohabiting with Line Beaudoin in conjugal relationship at the time of his death, having so cohabited for at least one year immediately prior to his death" [the emphasis is mine]. As another panel of the Board held—in my view correctly—in *Minister of National Health and Welfare v. Decoux, Elaine* (1991), C.E.B. & P.G.R. 6206, "Since s. 2 [of the Act] does not specifically state that the continuous period of one year must immediately precede the death, I do not think we should give it that interpretation" (at page 6207).

However, it is evident from the fact that the Board concluded that the requisite conjugal relationship did not exist "for the prescribed period of time or at the time of death" [the emphasis is again mine] that the Board's decision related not so much to the timing as to the quality of the relationship. In fact, the Board went on to find that the deceased was residing at all relevant times, not with the applicant at all, but in a separate apartment.

The applicant's essential case against the Board's decision is based on an alleged lack of natural justice at the hearing itself.

The applicant succeeded in reaching an agreement with the counsel who had represented her before the

¹ Since the respondent Minister of National Health and Welfare, as a mere stakeholder, had no submissions to make before us, I subsequently use the unqualified word "respondent" to refer only to the respondent Jacinthe Smades.

Commission»), celle-ci a décidé le 3 novembre 1992 que les prestations devraient plutôt être adjugées à cette intimée¹.

a La Commission a tiré la conclusion suivante (dossier de demande, à la page 58):

b [TRADUCTION] Nous avons conclu que, tout compte fait, la preuve ne montre pas que le cotisant décédé et M^{me} Beaudoin ont cohabité dans le cadre d'une relation matrimoniale pendant la période prescrite ou au moment du décès.

c La Commission semble commettre un erreur dans son point de vue sur [TRADUCTION] «la période prescrite», puisqu'elle avait auparavant énoncé la question en l'espèce comme étant [TRADUCTION] «celle de savoir si le cotisant décédé cohabitait avec Line Beaudoin dans le cadre d'une relation matrimoniale au moment de son décès, ayant ainsi cohabité pendant une période d'au moins un an immédiatement avant sa mort» [c'est moi qui souligne]. Comme une autre formation de la Commission a—à juste titre à mon avis,—dans *Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social c. Decoux, Elaine* (1991), C.E.B. & P.G.R. 6206, statué: [TRADUCTION] «Puisque l'article 2 [de la Loi] ne dit pas expressément que la période continue d'un an doit précéder immédiatement le décès, je ne pense pas que nous devions l'interpréter dans ce sens» (à la page 6207).

f Toutefois, il ressort du fait que la Commission a conclu que la relation matrimoniale requise n'existait pas [TRADUCTION] «pendant la période prescrite ni au moment du décès» [c'est encore moi qui souligne] que la décision de la Commission ne se rapportait pas tant à la durée qu'à la qualité des relations. En fait, la Commission a conclu en outre que le défunt vivait à toutes les époques pertinentes, non pas avec la requérante, mais dans un appartement distinct.

g Les arguments essentiels invoqués par la requérante pour attaquer la décision de la Commission portent sur l'absence alléguée de justice naturelle à l'audience elle-même.

i La requérante a réussi à amener l'avocat qui avait occupé pour elle devant le comité de révision à la

¹ Puisque l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, en tant que simple séquestre, n'avait pas d'observations à faire devant nous, j'emploie par la suite le mot sans qualificatif «intimé» pour désigner seulement l'intimée Jacinthe Smades.

Review Committee to represent her again before the Board only shortly before the hearing, and her counsel was not available on the date set for the hearing. The applicant apparently went to the hearing with the intention of requesting an adjournment, but failed to do so.

The applicant's notice of intervention before the Board (which was added to the record, on consent, at the hearing before us) was written in French and at the beginning of the hearing she requested a hearing in French.

Ana Lopez's affidavit of January 11, 1993, for the respondent described what transpired at the hearing from the respondent's point of view (Respondent's Application Record, at pages 1-3):

3. At the outset of the hearing, the Board asked if Ms. Beaudoin was present. Ms. Beaudoin identified herself. The Board asked if she was prepared to proceed and Ms. Beaudoin replied that she had brought a number of witnesses whom she wished to call. She also indicated that she wished to participate in the hearing in French.

4. On behalf of Mrs. Smades, Mr. Brown objected to proceeding in French on the grounds that Ms. Beaudoin had not given any prior notice that she wished to proceed in French nor had she even filed an Intervention indicating that she intended to participate in the hearing.² Mr. Brown indicated that he would be forced to request an adjournment if the case were to proceed in French since there was no interpretation available.

5. The Board then asked Ms. Beaudoin if she and her witnesses were able to speak and understand English. Ms. Beaudoin indicated that she and her witnesses were able to speak and understand English and that she did not want the case adjourned. The Board then directed that the hearing would proceed in English as scheduled.

6. Before any witnesses were called, Mr. Justice Foisy, who was a member of the Board, noted that the Minister of National Health & Welfare and Ms. Beaudoin were taking the same position on the appeal, namely that Ms. Beaudoin was entitled to the survivor benefit in question. In view of this, Mr. Justice Foisy asked Mr. Conway if he would be prepared to assist Ms. Beaudoin in the presentation of her evidence and arguments. Mr. Conway assured the Board that he would assist Ms. Beaudoin and, in effect, he acted as her counsel during the hearing. Mr. Conway cross-examined each of the witnesses called on behalf of Mrs. Smades and he examined in chief each of Ms. Beaudoin's witnesses, including Ms. Beaudoin herself. At the conclusion of the evidence, Mr. Conway made submis-

² This statement was made in good faith based on counsel's knowledge at the relevant time.

représenter de nouveau devant la Commission seulement peu de temps avant l'audience, et son avocat n'était pas disponible à la date prévue pour l'audience. La requérante a apparemment comparu à l'audience avec l'intention de demander un ajournement, mais elle ne l'a pas fait.

L'avis d'intervention devant la Commission donné par la requérante (qui a été versé au dossier, sur consentement, à l'audience tenue devant nous), a été rédigé en français et, au début de l'audience, elle a demandé que l'audience soit tenue en français.

L'affidavit établi le 11 janvier 1993 par Ana Lopez au nom de l'intimée décrivait ce qui avait eu lieu à l'audience du point de vue de l'intimée (dossier de demande de l'intimée, aux pages 1 à 3):

[TRADUCTION] 3. Au début de l'audience, la Commission a demandé si M^{me} Beaudoin était présente. Celle-ci a décliné son identité. La Commission a demandé si elle était prête pour l'audition, et M^{me} Beaudoin a répondu qu'elle avait fait venir certains témoins qu'elle désirait citer. Elle a également fait savoir qu'elle désirait participer à l'audience en français.

4. Au nom de M^{me} Smades, M^e Brown s'est opposé à la tenue de l'audience en français, invoquant le motif que M^{me} Beaudoin n'avait pas antérieurement avisé qu'elle désirait être entendue en français et qu'elle n'avait même pas déposé un acte d'intervention indiquant qu'elle avait l'intention de participer à l'audience². M^e Brown a indiqué qu'il serait forcé de demander un ajournement si l'affaire devait être entendue en français puisqu'aucun service d'interprétation n'était disponible.

5. La Commission a alors demandé à M^{me} Beaudoin si elle et ses témoins pouvaient parler et comprendre l'anglais. Elle a fait savoir que ses témoins et elle parlaient et comprenaient l'anglais, et qu'elle ne voulait pas que l'affaire fût ajournée. La Commission a alors ordonné que l'audience se déroule en anglais comme il a été prévu.

6. Avant que des témoins n'aient été cités, le juge Foisy, qui était membre de la Commission, a fait remarquer que le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et M^{me} Beaudoin avaient adopté la même position sur l'appel, savoir que celle-ci avait droit aux prestations de conjoint survivant en question. Compte tenu de ce fait, le juge Foisy a demandé à M. Conway s'il était disposé à aider M^{me} Beaudoin à présenter ses éléments de preuve et ses arguments. M. Conway a assuré à la Commission qu'il aiderait M^{me} Beaudoin et, en fait, il a agi comme son avocat au cours de l'audience. M. Conway a contre-interrogé chacun des témoins cités pour le compte de M^{me} Smades, et il a procédé à l'interrogatoire principal de chacun des témoins de M^{me} Beaudoin, dont M^{me} Beaudoin elle-même.

² Cette déclaration a été faite de bonne foi, compte tenu de la connaissance de l'avocat à l'époque pertinente.

sions urging the Board to adopt the position advanced by Ms. Beaudoin

12. All of Ms. Beaudoin's witnesses, including Ms. Beaudoin herself, expressed themselves clearly in English without difficulty.

The applicant's affidavit of February 8, 1993, gives a more personal account of the hearing (Application Record, at page 19):

10. I have seen the affidavit which Ana Lopez wrote, dated January 11, 1993.

11. What she says about me asking to have the hearing in French is true. My English is not good. I am having problems when I speak English and I have hard time understanding when people speak English fast to me.

12. I assumed that the hearing would be in French, or at least bilingually. I told the Board that I wanted to speak French, but Jackie Smades' lawyer would not let me. The Board said that the hearing would be in English.

13. I was scared. There was everybody there. The judges were sitting in front of me and there were lawyers all around. I did not know what to do. The Board decided that the hearing would go on in English. I was too afraid to ask if I could speak in French again.

14. I wanted to have the hearing heard later, but I didn't have any lawyer with me, and I did not know how to do it myself.

15. Ana Lopez says that Tom Conway acted like my lawyer. I never met Tom Conway in my life, and he never met me. He know nothing about me and he didn't even have a chance to talk to me or my friends that I bring along before he gave questions to us. The board told Tom Conway that he had to act like my lawyer, but he had no information about me. He did not even know the names of the witnesses I had brought along. Tom Conway told the Board that he was not prepared for that, but they made him go ahead anyway.

This was supplemented, as to the evidence available to the Board, by the applicant's further affidavit of March 26, 1993 (Supplementary Application Record, Tab 2 at pages 1-2):

3. At the Review Committee hearing, I had a lot of papers which proved that I was living with Norm. I showed all of these papers to the Review Committee, and I felt that I made presentation of my case very fully and completely to the Review Committee. I think that the Review Committee made copies of my papers. The Review Committee look over all of the papers and agree that I was entitled to get the benefits.

À la conclusion du témoignage, M. Conway a fait des observations, insistant pour que la Commission adopte la position de M^{me} Beaudoin . . .

12. Tous les témoins cités par M^{me} Beaudoin, dont M^{me} Beaudoin elle-même, s'exprimaient clairement en anglais et sans difficulté.

L'affidavit du 8 février 1993 de la requérante donne un compte rendu plus personnel de l'audience (dossier de demande, à la page 19):

[TRADUCTION] 10. J'ai vu l'affidavit qu'Ana Lopez a établi, affidavit en date du 11 janvier 1993.

11. Ce qu'elle dit, j'ai demandé que l'audience se déroule en français, est vrai. Mon anglais n'est pas bon. J'ai de la difficulté à parler l'anglais, et j'ai du mal à comprendre lorsqu'on parle l'anglais trop vite pour moi.

12. J'ai présumé que l'audience se déroulerait en français, ou, du moins, dans les deux langues. J'ai dit à la Commission que je voulais parler français, mais l'avocat de Jackie Smades ne m'a pas laissé faire. La Commission a dit que l'audience se déroulerait en anglais.

13. J'ai eu peur. Tout le monde était là. Les juges siégeaient en face de moi, et il y avait partout des avocats. Je ne savais que faire. La Commission a décidé que l'audience se poursuivrait en anglais. J'ai eu trop peur de demander encore si je pouvais parler français.

14. Je voulais que l'audition eût lieu plus tard, mais je n'avais pas d'avocat avec moi, et je ne savais pas comment le faire moi-même.

15. Ana Lopez dit que Tom Conway agissait comme mon avocat. De ma vie, je n'ai jamais rencontré Tom Conway, et il ne m'a jamais rencontrée. Il ne sait rien de moi, et il n'a même pas eu la chance de me parler ni de parler à mes amis que j'avais fait venir avant qu'il ne nous pose des questions. La Commission a dit à Tom Conway qu'il devait agir en tant que mon avocat, mais il n'avait aucun renseignement sur moi. Il ne connaissait même pas les noms des témoins que j'avais fait venir. Tom Conway a dit à la Commission qu'il ne s'attendait pas à cela, et elle lui a dit de le faire quand même.

Tout ceci a été complété, quant à la preuve dont disposait la Commission, par le nouvel affidavit en date du 26 mars 1993 de la requérante (dossier de demande supplémentaire, onglet 2, aux pages 1-2):

[TRADUCTION] 3. À l'audience tenue par le comité de révision, j'avais beaucoup de documents qui prouvaient que j'avais vécu avec Norm. J'ai présenté tous ces documents au comité de révision, et, d'après moi, j'ai très pleinement et très complètement présenté mon cas à ce comité. Je crois que le comité de révision a fait des copies de mes documents. Ce dernier a examiné tous les documents, et a convenu que j'avais droit aux prestations.

4. However, I did not present any of these papers to the Pension Board because I assumed that they had already gotten them from the Review Committee and had already read them.

5. In fact, I did not present any written materials at all to the Pension Board except one paper: a letter from my doctor saying that I was too upset from the death of my husband Norm that I could not go to work. I did not present any other written material. I did not know I should have. I thought they already have copies.

6. The Pension Board was nothing like the Review Committee hearing. I did not present any of the material I presented at the Review Committee hearing. I did not have a lawyer like I did before. I was very confused and afraid during the whole Appeal hearing. I did not know how to create exhibits.

7. I did not present any of the papers that I presented at the Review Committee hearing, but showed the Pension Board one 11" by 14" photograph. It was a nice photograph of me, Norm and our son, Philippe.

8. I never receive the photograph back from the Pension Board. I think they still have it, but would like it back. I found another one that I put here [attached as Exhibit "A"].

9. I brought four friends to the Pension Hearing with me: Denis Daneau, Danielle Beaudoin, Louis Dubois and Helene Laframboise.

10. Denis is my brother-in-law. Danielle is my sister. Helene is a friend from daycare. Louise is a girlfriend of mine.

11. Each of my friends were asked at the last minute to say some words in front of the Board. They were each asked questions for five minutes or less. They had never met Tom Conway before in their lives and they were not prepared to answer the questions he asked. They were not prepared for the harder questions that Douglas Brown asked either. Tom Conway was the lawyer for the government who was asked by the judges to be try to be my lawyer too. I never met Tom Conway either before in my life.

Since there is no record of the proceedings, either written or taped, the Court is limited in its knowledge of what happened to what is set out in these affidavits. Although the opposing affidavits are far from congruent, they are also not wholly contradictory, and in my view it is possible to come to the following conclusions:

(1) The applicant requested a hearing in French, following on her notice of intervention in that language.

4. Toutefois, je n'ai présenté aucun de ces documents à la Commission d'appel des pensions, parce que j'ai présumé qu'elle les avait obtenus du comité de révision et qu'elle en avait déjà pris connaissance.

a 5. En fait, je n'ai pas du tout présenté de documents écrits à la Commission d'appel des pensions excepté un document: une lettre de mon médecin qui disait que le décès de mon mari Norm m'avait tellement bouleversée que je ne pouvais aller travailler. Je n'ai présenté aucun autre document écrit. Je ne savais pas que j'aurais dû le faire. Je croyais qu'on en avait déjà des copies.

b 6. L'audience devant la Commission d'appel des pensions ne ressemblait en rien à celle du comité de révision. Je n'ai présenté aucun des documents que j'avais présentés à l'audience tenue devant la comité de révision. Je n'avais pas d'avocat comme auparavant. J'étais très confuse et j'ai eu peur au cours de l'audience d'appel tout entière. Je ne savais pas comment créer des pièces.

c 7. Je n'ai présenté aucun des documents que j'avais présentés à l'audience du comité de révision, mais j'ai montré à la Commission une photo 11" sur 14". C'était une belle photo de moi, de Norm et de notre fils, Philippe.

d 8. La Commission ne m'a jamais remis la photo. Je crois qu'elle l'a toujours. J'en ai trouvé une autre que je laisse ici [jointe comme pièce «A»].

e 9. J'ai fait venir quatre amis à l'audience de la Commission d'appel des pensions: Denis Daneau, Danielle Beaudoin, Louis Dubois et Hélène Laframboise.

f 10. Denis est mon beau-frère. Danielle est ma sœur. Hélène est une amie travaillant à la garderie. Louise est une amie à moi.

g 11. On a demandé, à la dernière minute, à chacun de mes amis de dire quelques mots devant la Commission. On leur a posé des questions pendant cinq minutes ou moins. De leur vie, ils n'avaient jamais rencontré Tom Conway auparavant, et ils n'étaient pas disposés à répondre aux questions qu'il posait. Ils n'étaient pas non plus disposés à répondre aux questions plus difficiles posées par Douglas Brown. Tom Conway était l'avocat du gouvernement, et les juges lui ont demandé d'essayer d'être mon avocat aussi. De ma vie, je n'avais jamais non plus rencontré Tom Conway auparavant.

h Puisque les procédures ne sont nullement enregistrées, ni par écrit ni par dactylographie, la connaissance de la Cour se limite, quant à ce qui est arrivé, à ce qui est dit dans ces affidavits. Bien que les affidavits adverses soient loin d'être en harmonie, ils ne sont pas entièrement contradictoires, et j'estime qu'il est possible de parvenir aux conclusions suivantes:

i 1) La requérante a demandé la tenue d'une audience en français, à la suite de son avis d'intervention dans cette langue.

(2) The Board decided that the hearing would take place in English, a conclusion which the applicant was “persuaded”—I use the word neutrally—to accept.

(3) The applicant sat entirely mute except when she was asked direct questions, and played no active role in the presenting of evidence.

(4) The Board, seemingly aware of the disadvantages under which the applicant laboured, requested the counsel for the Minister to assist her as much as possible.

(5) That counsel did so with respect to the questioning of witnesses and the arguing of legal issues. He did not organize a factual case on the applicant’s behalf and could not have done so, because he had never met the applicant or any of those present on her behalf.

(6) The Board itself referred to the additional testimony it had before it clearly on the respondent’s side. It did not have evidence, particularly documentary evidence, which the applicant had presented at the earlier hearings.

(7) There can be no reasonable doubt that counsel for the Minister acted honourably, doing his best for the applicant within the limitations of his preparations and role, but in the last analysis he was in no sense counsel for the applicant. The applicant was admittedly at fault in not requesting an adjournment as she had apparently intended so that she could have counsel present. Nevertheless, although she did not request an adjournment, she did ask for a hearing in French. She was entitled to such a hearing and ought not to have been denied it. No doubt an adjournment for that purpose would have been disadvantageous to the respondent, who, if successful, would become entitled to benefits immediately rather than only retroactively at the ultimate end of the proceedings. But the right to a hearing in her own official language for the applicant must take precedence.³

2) La Commission a décidé que l’audience se déroulerait en anglais, conclusion qu’on a «amené»—j’utilise le mot de façon neutre—la requérante à accepter.

a 3) La requérante est restée entièrement muette sauf lorsqu’on lui a posé des questions directes, et elle n’a joué aucun rôle actif dans la présentation des éléments de preuve.

b 4) La Commission, apparemment consciente des inconvénients que la requérante subissait, a demandé à l’avocat du ministre de l’aider dans la mesure du possible.

c 5) Cet avocat l’a fait relativement à l’interrogatoire des témoins et à la présentation des arguments sur des points de droit. Il n’a pas tiré des conclusions de fait pour le compte de la requérante, et il n’aurait pu le faire parce qu’il n’avait jamais rencontré la requérante ni l’un quelconque de ceux qui étaient présents pour le compte de celle-ci.

e (6) La Commission elle-même a fait état du témoignage additionnel de la part de l’intimée dont elle disposait. Elle ne disposait pas d’éléments de preuve, particulièrement de preuve documentaire, que la requérante avait présentés aux audiences antérieures.

f (7) Il ne fait pas de doute que l’avocat du ministre a agi honorablement, faisant de son mieux pour la requérante dans les limites de ses préparations et de son rôle, mais, en dernière analyse, il n’est nullement l’avocat de la requérante. De l’aveu de tous, la requérante a eu tort de ne pas demander un ajournement comme elle en avait apparemment eu l’intention pour se faire représenter par avocat. Néanmoins, bien qu’elle n’ait pas demandé un ajournement, elle a effectivement demandé que l’audience se déroule en français. Elle avait droit à une telle audience, et on n’aurait pas dû la lui refuser. Il ne fait pas de doute qu’un ajournement à cette fin aurait désavantagé l’intimée qui, si elle obtenait gain de cause, aurait droit à des prestations immédiatement plutôt que seulement de façon rétroactive à la fin ultime des procédures. Mais le droit à une audience dans la propre langue officielle de la requérante doit passer en priorité.³

³ The *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, by s. 14 entitles any person to use his or her official lan-

³ La *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 permet, dans son art. 14, à une personne d’em-

One does not need to be a linguist to recognize that the mere comprehension of words in a second language is entirely different from the full ability to express oneself so as to advance a persuasive case. The respondent succeeded in having added to the record at the hearing before us the original statutory declaration under the *Canada Pension Plan* which the applicant had made in English. Quite apart from the fact that her use of English in that uncontroverted context could not preclude her later option to have her hearing before the board in French, her egregious errors in spelling and grammar in that form make clear her serious disadvantage in expressing herself in the English language.

It seems to me that, although the Board did not outrightly reject her request for a hearing in French, it effectively did the same thing by failing to take her request at face value. The legitimate objection by counsel for the respondent to proceeding in French, based on his own unilingualism, should have led to an adjournment. Their understandable desire to avoid an adjournment did not give the Board a mandate to engineer the continuance of the hearing in English.

An unrepresented party's *bona fide* request, on notice, for a hearing in the other official language must always be respected in full, and its denial amounts to a denial of natural justice, since it fetters the requesting party's ability to present a case in his or her own way. In the case at bar, the decision not to adjourn also entailed in the circumstances an infelicitous fiasco in which a mute applicant functioned only as a result of the generosity of another party's counsel.

In the light of my holding on this point, I find it unnecessary to consider the other contentions raised by the applicant.

The application must therefore be allowed, the Board's decision of November 3, 1992, set aside, and

(Continued from previous page)

guage of choice before a federal tribunal, and by s. 15 obligates the tribunal to ensure that such evidence is heard as requested.

On n'a pas à être linguiste pour reconnaître que la simple compréhension des mots dans une seconde langue diffère entièrement de la pleine capacité de s'exprimer de manière à promouvoir une cause de façon persuasive. L'intimée a réussi à faire verser, à l'audience tenue devant nous, au dossier la déclaration solennelle initiale, en vertu du *Régime de pensions du Canada*, que la requérante avait faite en anglais. Bien à part le fait que son emploi de l'anglais dans ce contexte incontesté ne saurait l'empêcher de choisir plus tard d'être entendue en français devant la Commission, ses énormes fautes d'orthographe et de grammaire dans cette formule dénote son sérieux désavantage en s'exprimant dans la langue anglaise.

À mon avis, bien que la Commission n'ait pas complètement rejeté sa demande tendant à l'obtention d'une audition en français, elle a effectivement fait la même chose en ne prenant pas sa demande au pied de la lettre. L'opposition par l'avocat de l'intimée à ce que l'audience se déroule en français, en raison de son propre unilinguisme, aurait dû conduire à un ajournement. Le désir compréhensible de la Commission d'éviter un ajournement ne lui donnait pas le mandat d'arranger la poursuite de l'audience en anglais.

La demande faite de bonne foi et sur préavis par une partie qui ne se fait pas représenter pour obtenir qu'une audience se déroule dans l'autre langue officielle doit toujours être respectée en entier, et le rejet de cette demande équivaut à un déni de justice naturelle, puisqu'il empêche la partie demanderesse de présenter sa cause à sa façon. En l'espèce, la décision de ne pas ajourner a également entraîné, dans les circonstances, un malheureux fiasco dans lequel un requérant muet fonctionnait seulement en raison de la générosité de l'avocat de l'autre partie.

Compte tenu de ma décision sur ce point, je trouve inutile d'examiner les autres prétentions de la requérante.

La demande doit être accueillie, la décision en date du 3 novembre 1992 de la Commission annulée, et

(Suite de la page précédente)

ployer la langue officielle de son choix devant un tribunal fédéral, et, dans son art. 15, oblige le tribunal à veiller à ce que ce témoignage soit entendu comme il a été demandé.

the matter returned to a differently constituted panel for rehearing and redetermination.

l'affaire renvoyée à une autre formation pour qu'elle procède à la tenue d'une nouvelle audience et à un nouvel examen.

STONE J.A.: I agree.

a LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

ROBERTSON J.A.: I agree.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

T-1482-93

R. James Travers and Southam Inc. (Applicants)

v.

Admiral J. R. Anderson, Chief of Defence Staff (Convening Authority of a Board of Inquiry on the Activities of the Canadian Airborne Regiment Battle Group in Somalia); Major-General T. F. deFaye (President of a Board of Inquiry on the Activities of the Canadian Airborne Regiment Battle Group in Somalia); and the Attorney General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: TRAVERS v. CANADA (CHIEF OF DEFENCE STAFF) (T.D.)

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, July 6 and August 23, 1993.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Board of Inquiry hearing to review principles, policies, practices of Canadian Airborne Regiment Battle Group closed to public — Not breach of Charter, s. 2(b) right to freedom of press because not judicial, quasi-judicial enquiry — Board's function not meeting test set out in MNR v. Coopers and Lybrand — To require public hearing propounding right to information in absolute terms, effectively metamorphosing process of internal enquiry into adjudication function characteristic of judicial proceeding.

Armed forces — Board of Inquiry hearing to review principles, policies, practices of Canadian Airborne Regiment Battle Group closed to public — Board's function not judicial, quasi-judicial — More in-house, routine procedure — Within Convening Authority's decision to close enquiry to public.

This was an application to require the Chief of Defence Staff to direct that a Board of Inquiry into the Canadian Airborne Regiment Battle Group conduct its proceedings in public. The applicants contended that the decision that the proceedings not be open to the public breached their Charter, paragraph 2(b) right to freedom of the press. The Board's Terms of Reference limit the hearings to a review of the principles, policies and practices of the Battle Group, which was recently assigned a peacekeeping role in Somalia, where certain incidents occurred which have received extensive media coverage, and which resulted in the laying of criminal charges against four members of the Regiment.

Held, the application should be dismissed.

T-1482-93

R. James Travers et Southam Inc. (requérants)

c.

^a L'amiral J. R. Anderson, chef d'état-major de la défense (autorité convocatrice d'une commission d'enquête sur les activités du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien en Somalie), le ^b major-général T. F. deFaye (président de la commission d'enquête sur les activités du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien en Somalie) et le procureur général du Canada (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: TRAVERS c. CANADA (CHIEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE) (1^{re} INST.)

^d Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 6 juillet et 23 août 1993.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Audience à huis clos de la commission d'enquête chargée de l'examen de divers principes, politiques et pratiques du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien — Le droit à la liberté de la presse garanti à l'art. 2b) de la Charte n'a pas été violé car il ne s'agit pas d'une enquête judiciaire ou quasi judiciaire — La fonction de la commission ne satisfait pas aux critères énoncés dans l'arrêt MRN c. Coopers and Lybrand — Exiger une audience publique, c'est ériger le droit à l'information en droit absolu et transformer un processus d'enquête interne en une fonction juridictionnelle propre aux procédures judiciaires.

^e *Forces armées — Audience à huis clos de la commission d'enquête chargée de l'examen de divers principes, politiques et pratiques du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien — La commission n'exerce pas une fonction judiciaire ou quasi judiciaire — Il s'agit plus d'une enquête interne, normale — L'autorité convocatrice était habilitée à ne pas tenir de séance publique.*

^f ^g ^h ⁱ ^j Il s'agit d'une demande visant à obliger le chef d'état-major de la défense à ordonner que les audiences de la commission d'enquête relative au groupement tactique du Régiment aéroporté canadien soient tenues publiquement. Les requérants soutiennent que la décision de tenir des séances à huis clos porte atteinte à leur droit à la liberté de la presse garanti par l'alinéa 2b) de la Charte. Le mandat de la commission d'enquête limite les audiences à l'examen des principes, politiques et pratiques du groupement tactique qui a été récemment affecté au maintien de la paix en Somalie, où se sont produits des incidents dont les médias se sont faits abondamment l'écho et au sujet desquels des accusations ont été portées contre quatre membres du Régiment.

Jugement: la demande doit être rejetée.

There was no breach of Charter, paragraph 2(b) because the inquiry was not the kind to which the intended "right of access to information" can apply.

Since the adoption of the Charter, the open court doctrine has been applied to certain administrative tribunals exercising quasi-judicial functions, i.e. by statute they have the jurisdiction to determine the rights and duties of the parties, although certain circumstances may warrant holding some such proceedings *in camera*.

The Board of Inquiry is not a court of record. It has no power to summon witnesses, determine rights or impose obligations. Nothing it does is executory or enforceable. Its powers are determined by its Terms of Reference, and it can only issue recommendations. Pursuit of the Board's mandate might involve disclosure of classified communications, information prejudicial to the accused, information which would not be in the public interest to disclose, or information harmful to the proper exercise of Canada's international peacekeeping role, yet the mandate had to be exercised within a very short time. An open policy would have required a series of *voir dire* to determine what evidence was to be adduced, the purpose of which would require that they be conducted behind closed doors.

The *National Defence Act* and regulations indicated that a Board of Inquiry is more an in-house procedure than a public forum. Whether it is constituted under a particular provision of the *National Defence Act* and its constitution made public, or simply organized by ministerial directive, the Board's function does not necessarily trigger a concomitant right to sit in on the collection or collation of the evidence or on the deliberations of the members of the enquiry. To suggest otherwise is to propound the right to information in absolute terms and to effectively metamorphose a process of an internal enquiry into an adjudication function characteristic of judicial proceedings.

It is the nature of the function of an enquiry which would either meet or not meet the test set out in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495 for determining whether a proceeding is judicial. The enquiry was not judicial or quasi-judicial. No impropriety or wrongdoing was involved. Neither individual nor general rights or duties were subject to determination. It was more an internal affair to obtain findings and recommendations in respect of leadership, discipline, operations, actions and procedures of the Canadian Airborne Regiment Battle Group and the appropriateness of its particular training, conditioning and disciplinary methods, a routine enquiry at National Defence. That the constitution of the enquiry was made public did not change its nature. The decision to close the enquiry to the public was a policy decision which the Convening Authority was entitled to make.

Comme ce n'est pas le genre d'enquête auquel le «droit d'accès à l'information» revendiqué peut s'appliquer, il n'y a pas eu d'atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte.

Depuis l'adoption de la Charte, la doctrine de la publicité des audiences a été appliquée à certains tribunaux administratifs qui exercent des fonctions quasi judiciaires, c'est-à-dire auxquels la loi attribue le pouvoir de statuer sur les droits et les obligations des parties, bien que les audiences de ces tribunaux puissent exceptionnellement être tenues à huis clos dans certains cas.

La Commission n'est pas une cour d'archives. Elle n'a pas le pouvoir de citer des témoins à comparaître, ni de se prononcer sur des droits ou d'imposer des obligations. Aucune de ses décisions n'a force exécutoire. Ses pouvoirs sont fixés dans son mandat et elle ne peut que formuler des recommandations. Pour s'acquitter de son mandat, la commission pourrait se voir dans la nécessité de communiquer des documents classifiés ou qui pourraient être préjudiciables aux accusés, ou dont la divulgation pourrait porter atteinte à l'intérêt public ou nuire à l'accomplissement du rôle international de maintien de la paix du Canada et pourtant, elle doit s'en acquitter dans un délai très court. Il aurait fallu, en cas d'audience publique, tenir une série de voir dire au sujet des témoins qu'il y avait lieu de faire entendre; étant donné leur objet, ces voir dire auraient été tenus à huis clos.

Il ressort de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements d'application qu'une commission d'enquête est beaucoup plus un mécanisme interne qu'une procédure publique. Que la commission soit constituée sous le régime d'une disposition de la *Loi sur la défense nationale* et que sa constitution soit rendue publique, ou qu'elle émane d'une directive ministérielle, sa fonction est de telle nature qu'elle n'emporte pas nécessairement un droit concomitant d'assister à la prise des témoignages ou aux délibérations des membres de la commission. Affirmer le contraire, c'est ériger le droit à l'information en droit absolu et transformer un processus d'enquête interne en une fonction juridictionnelle propre aux procédures judiciaires.

Selon les critères énoncés dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, le caractère judiciaire d'une commission d'enquête est déterminé au regard de la nature de sa fonction. Il ne s'agit pas d'une enquête judiciaire ou quasi judiciaire. Aucune irrégularité ou acte délictueux n'est en cause. Aucun droit ou obligation d'un individu ne fait l'objet d'un examen et aucune décision générale ne sera rendue sur des droits et des obligations. Il s'agit plus d'une enquête interne, relative au commandement, à la discipline, aux opérations, aux actions et aux méthodes du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien et à l'opportunité de ses méthodes d'entraînement, de préparation et de discipline, soit un type d'enquête qui est normal dans le milieu de la Défense nationale. Le fait que la constitution de la commission d'enquête a été rendue publique n'en change pas la nature. La décision de ne pas permettre au public d'assister à ses audiences a été une décision de principe que l'autorité convocatrice était habilitée à prendre.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5.
Police Act, R.S.O. 1980, c. 381.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand, [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 92 D.L.R. (3d) 1; [1978] CTC 829; 78 DTC 6258; *Re Southam Inc. and the Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 3 C.C.C. (3d) 515; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.); *Re Southam Inc. and The Queen* (1986), 53 O.R. (2d) 663; 26 D.L.R. (4th) 479; 12 O.A.C. 395 (C.A.).

CONSIDERED:

Re Ottawa Police Force and Lalande (1986), 57 O.R. (2d) 509 (Dist. Ct.); *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329; (1987), 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (T.D.).

APPLICATION to require the Chief of Defence Staff to direct that a Board of Inquiry into the Canadian Airborne Regiment Battle Group conduct its hearing in public on the ground that the decision that proceedings not be open to the public breached the applicants' Charter, paragraph 2(b) right to freedom of the press. Application dismissed.

COUNSEL:

Richard G. Dearden for applicant.
Graham R. Garton and *Pamela Owen-Going* for respondent.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: This application is in respect of a challenge launched by the applicants under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*,

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52.
Police Act, L.R.O. 1980, ch. 381.

b JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand, [1979] 1 R.C.S. 495; (1978), 92 D.L.R. (3d) 1; [1978] CTC 829; 78 DTC 6258; *Re Southam Inc. and the Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 3 C.C.C. (3d) 515; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.); *Re Southam Inc. and The Queen* (1986), 53 O.R. (2d) 663; 26 D.L.R. (4th) 479; 12 O.A.C. 395 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Re Ottawa Police Force and Lalande (1986), 57 O.R. (2d) 509 (C. dist.); *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329; (1987), 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (1^{re} inst.).

DEMANDE visant à obliger le chef d'état-major de la défense à ordonner que les audiences de la commission d'enquête relative au groupement tactique du Régiment aéroporté canadien soient tenues publiquement, parce que la décision de tenir des séances à huis clos porte atteinte au droit des requérants à la liberté de la presse garanti par l'alinéa 2b) de la Charte. Demande rejetée.

AVOCATS:

Richard G. Dearden pour le requérant.
Graham R. Garton et *Pamela Owen-Going* pour l'intimé.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE JOYAL: La présente demande concerne une contestation que les requérants ont fondée sur l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de*

Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. It came on for hearing on an expeditious basis on July 6, 1993. The next morning, July 7, 1993, I ruled that the application be dismissed and delivered brief oral reasons therefor. These reasons have now been reduced to writing.

The challenge concerns a decision by the respondent Chief of Defence Staff that the proceedings of a Board of Inquiry on the subject of the Canadian Airborne Regiment Battle Group not be open to the public. The appellants contend that this decision is a breach of the rights conferred under paragraph 2(b) of the Charter and request that the public, which of course includes the media, be given access to the proceedings.

It seems to me, as a preamble, that the freedom set out in section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, particularly in regard to freedom of the press, has most often been analyzed in the context of a system of justice being conducted in an open court.

Long before the Charter, the doctrine of open court had been well established at common law. Before English as well as Canadian courts, numerous are the reiterations of that doctrine. Although variously expressed from time to time, the essence of that doctrine is that the better, if not the only, way to assure the proper exercise of judicial functions is to have court proceedings open to the public. The public, in such fashion, is a permanent or standing jury whose role is to ensure that the integrity of the judicial system is maintained.

Yet the open court doctrine is not absolute. In many instances, the doctrine comes into conflict with competing rights where a balance must often be struck. It is thus that courts have often resorted to *in camera* proceedings or have restricted their publication. Whether an open policy might be prejudicial to a particular litigant or accused, or whether the identity of a complainant in sexual assault cases would inhibit any complainant from coming forward, or whether by reason of the age of young offenders and the stigma which might be forever attached to them, the legislature on the one hand by statutory enact-

1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Elle a été mise au rôle de façon expéditive le 6 juillet 1993. Le jour suivant, le 7 juillet 1993, j'ai conclu qu'il y avait lieu de rejeter la demande et j'ai motivé brièvement ma décision à l'audience. Voici mes motifs écrits.

La contestation porte sur une décision du chef d'état-major de la défense, intimé. Ce dernier a ordonné que les séances de la commission d'enquête relative au groupement tactique du Régiment aéroporté canadien ne soient pas publiques. Les requérants soutiennent que cette décision constitue une violation des droits garantis par l'alinéa 2b) de la Charte et demandent que le public, qui s'entend aussi bien sûr des médias, puisse avoir accès aux séances.

Tout d'abord, il me semble que le contexte dans lequel la liberté énoncée à l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en particulier en ce qui a trait à la liberté de la presse, a souvent été analysée est celui d'un système de justice qui reconnaît la publicité des débats.

Longtemps avant l'adoption de la Charte, la doctrine de la publicité des débats était solidement établie en common law. Les tribunaux, tant anglais que canadiens, ont à maintes reprises réaffirmé cette doctrine. Elle a certes été exprimée différemment à certaines occasions, mais elle repose essentiellement sur l'idée que les séances publiques représentent la meilleure, voire la seule, manière d'assurer le bon déroulement des procédures judiciaires. Dans cette optique, le public est un jury permanent dont le rôle est de voir à ce que l'intégrité du système judiciaire soit maintenue.

Néanmoins, cette doctrine de la publicité des débats n'est pas absolue. Dans bien des cas, la doctrine entre en concurrence avec d'autres droits et il convient souvent de soupeser les intérêts antagoniques. C'est pourquoi les tribunaux ont souvent recours au huis clos ou restreignent la publicité des débats. Que ce soit parce que la publicité pourrait être préjudiciable à une partie ou à l'accusé, ou parce que la divulgation de l'identité des plaignants dans une affaire d'agression sexuelle retiendrait tout plaignant de se présenter, ou en raison du jeune âge des contrevenants et de la flétrissure dont ils seraient à jamais

ment or courts on the other in the exercise of their inherent jurisdiction to determine the conduct of their proceedings, both authorities have from time to time departed from the well-established norm and have ruled that certain proceedings be conducted behind closed doors or that various restrictions be placed on the publication of certain elements or parts of the proceedings.

Since the adoption of the Charter, it is true that the open door doctrine has been applied to certain administrative tribunals. While the bulk of precedents have been in the context of court proceedings, there has been an extension in the application of the doctrine to those proceedings where tribunals exercise quasi-judicial functions, which is to say that, by statute, they have the jurisdiction to determine the rights and duties of the parties before them.

This more extensive doctrine would appear to be entirely consistent with its original purpose. If justice is to be patently and evidently done in the courts, there is no reason why it should not also be done when a tribunal exercises substantially the same judicial functions. Again, however, by way of exception, proceedings before administrative tribunals may in certain circumstances be permitted behind closed doors.

Is the enquiry currently conducted by the respondents of a nature to have the doctrine applied to it? This requires some analysis. It is not a court of record, it has no power to summon witnesses by way of subpoena or otherwise, nor does it determine rights or impose obligations. Further, nothing it does is executory or enforceable. Its powers are determined by its Terms of Reference and in that regard, it can only issue recommendations which in due course are submitted to the Chief of Defence Staff who may adopt or reject all or any part of them. Herewith is the text of the Terms of Reference dated April 28, 1993:

1. An investigation shall be conducted pursuant to subsection 45(1) of the *National Defence Act* and in accordance with the provisions of Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces Chapter 21 and Canadian Forces Administrative Order 21-9.

marqués, le législateur, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, dans l'exercice de leur compétence inhérente pour déterminer la procédure dans les instances dont ils sont saisis, font de temps à autre une entorse à la norme bien établie et prescrivent le huis clos ou soumettent à diverses restrictions la publication de certains éléments ou parties des procédures.

Depuis l'adoption de la Charte, il est vrai que la doctrine de la publicité des audiences a été appliquée à certains tribunaux administratifs. Bien que la majeure partie de la jurisprudence se rapporte à des instances judiciaires, l'application de la doctrine a été étendue aux instances dans lesquelles des tribunaux administratifs exercent des fonctions quasi judiciaires, c'est-à-dire à l'égard desquelles la loi leur attribue le pouvoir de statuer sur les droits et les obligations des parties.

Cette extension de la doctrine semble tout à fait compatible avec son but premier. Si, dans le cas des tribunaux judiciaires, il doit apparaître clairement que la justice est impartiale, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne le soit également en ce qui concerne les tribunaux administratifs qui exercent fondamentalement les mêmes fonctions judiciaires. Encore une fois, cependant, les audiences de ces tribunaux peuvent exceptionnellement être tenues à huis clos dans certains cas.

La nature de l'enquête effectuée à l'heure actuelle par les intimés justifie-t-elle l'application de la doctrine? Il convient d'analyser la situation. La commission n'est pas une cour d'archives, elle n'a pas le pouvoir de citer des témoins à comparaître et elle ne se prononce pas sur des droits ni n'impose d'obligations. Au surplus, aucune de ses décisions n'a force exécutoire. Ses pouvoirs sont fixés dans son mandat et, à cet égard, elle ne peut que formuler des recommandations qui sont, en temps voulu, transmises au chef d'état-major de la défense, qui peut les accepter ou les rejeter en tout ou en partie. Voici le texte du mandat en date du 28 avril 1993:

[TRADUCTION] 1. Une enquête doit être effectuée en conformité avec le paragraphe 45(1) de la *Loi sur la défense nationale* et avec les dispositions du chapitre 21 des Ordonnances et règlement royaux applicables aux Forces canadiennes et de l'Ordonnance administrative 21-9 des Forces canadiennes.

2. The Board of Inquiry is composed of:

President—Major-General T.F. de Faye, OMM, CD
 Member—Brigadier-General C.J. Addy, CD
 Member—Brigadier-General J.C.A. Emond, CD
 Member—Professor Harriet Critchley
 Member—Mr. Stephen Owen
 Adviser—Lieutenant-Colonel K.W. Watkin, CD
 Adviser—Chief Warrant Officer J. Marr, OMM, CD

3. The Board of Inquiry shall assemble to investigate the leadership, discipline, operations, actions and procedures of the Canadian Airborne Regiment Battle Group. To the extent relevant to a determination of those issues, the Board of Inquiry shall investigate the Battle Group's antecedents in Canada and higher headquarters in Somalia prior to and during its employment in Somalia. No inquiry shall be made into any allegation of conduct that would be a service offence under the *National Defence Act*, and in particular any *Criminal Code* offence, that has resulted in the laying of a charge, the arrest of a person or the ordering of a military police investigation.

4. Should the Board of Inquiry receive evidence it reasonably believes relates to an allegation of a service offence, including a *Criminal Code* offence, for which an election to be tried by court martial must be given pursuant to article 108.31(1)(a) of Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, or that can only be tried by court martial, the Board of Inquiry shall cease the inquiry into that allegation and report the matter to the Convening Authority.

5. In conducting the investigation, the Board shall gather information and provide findings and recommendations in respect of the matters referred to in paragraph 3, but not limited to, the following:

- a. the state of discipline during training leading up to the deployment to Somalia and while in theatre;
- b. the training objectives and standards which were used to prepare for deployment;
- c. the selection and screening of personnel for employment in Somalia;
- d. the effectiveness of leadership at all levels during training leading up to the deployment and while in theatre;
- e. the adequacy of the promulgation and understanding of the Rules of Engagement within the Airborne Regiment Battle Group;
- f. the Airborne Regiment Battle Group's composition and organization related to its mission and tasks assigned;
- g. the extent, if any, to which cultural differences affected the conduct of operations;

2. La commission d'enquête est composée des personnes suivantes:

Président—major-général T.F. deFaye, OMM, CD
 Membre—brigadier-général C.J. Addy, CD
 Membre—brigadier-général J.C.A. Émond, CD
 Membre—professeur Harriet Critchley
 Membre—Stephen Owen
 Conseiller—lieutenant-colonel K.W. Watkin, CD
 Conseiller—adjudant-chef J. Marr, OMM, CD

3. La commission d'enquête doit se réunir pour examiner le commandement, la discipline, les opérations, les actions et les méthodes du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien. Dans la mesure où cela est utile pour l'examen de ces questions, la commission d'enquête doit examiner les antécédents du groupement tactique au Canada et au quartier général en Somalie avant et durant son affectation en Somalie. L'enquête ne doit pas porter sur les allégations concernant une conduite qui constituerait une infraction d'ordre militaire prévue par la *Loi sur la défense nationale* et, en particulier, toute infraction visée au *Code criminel*, qui a entraîné le dépôt d'une inculpation, l'arrestation d'une personne ou le déclenchement d'une enquête par la police militaire.

4. Si la commission d'enquête a des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve qu'elle a reçus se rapportent à une allégation d'infraction d'ordre militaire, y compris une infraction visée par le *Code criminel*, à l'égard de laquelle l'accusé doit être informé de son droit d'être jugé par une cour martiale en application de l'article 108.31(1)a) des Ordonnances et règlement royaux applicables aux Forces canadiennes, ou qui doit faire l'objet d'un procès devant une cour martiale, la commission d'enquête doit mettre fin à son enquête sur cette allégation et faire rapport de la question à l'autorité convocatrice.

5. Pour effectuer l'enquête, la commission doit réunir les renseignements et faire part de ses conclusions et recommandations relativement aux questions exposées au paragraphe 3, notamment sous les aspects suivants:

- a) l'état de la discipline durant l'entraînement jusqu'au déploiement en Somalie et sur le théâtre d'opérations;
- b) les objectifs et normes d'entraînement qui ont été utilisés lors des préparatifs en vue du déploiement;
- c) la sélection du personnel à affecter en Somalie;
- d) l'efficacité du commandement à tous les niveaux durant l'entraînement jusqu'au déploiement et sur le théâtre d'opérations;
- e) l'à-propos de la promulgation et le degré de compréhension des Règles d'engagement au sein du groupement tactique du Régiment aéroporté;
- f) la composition et l'organisation du groupement tactique du Régiment aéroporté par rapport à sa mission et aux tâches assignées;
- g) la mesure, le cas échéant, dans laquelle des différences culturelles ont influé sur la conduite des opérations;

h. the attitude of all rank levels towards the lawful conduct of operations; and,

i. the appropriateness of professional values and attitudes in the Canadian Airborne Regiment and the impact of deployment in Somalia on those values and attitudes.

6. In addition, but subject to paragraph 3 and 4, the Board of Inquiry will make recommendations on any other matter arising from its inquiry.

7. The President may seek authorization from the Convening Authority for additions and/or amendments to these Terms of Reference.

8. Pursuant to article 21.12 of Queen's Regulations and Orders, the proceedings of the Board of Inquiry shall not be opened to the public.

9. The Minutes of Proceedings of the Board of Inquiry shall be unclassified except as otherwise provided for by law.

10. The Minutes of Proceedings of the Board of Inquiry shall be made available to the public except as otherwise provided for by law.

11. The Board of Inquiry shall commence its proceedings as soon as practicable.

12. The Board of Inquiry shall submit its Minutes of Proceedings to the Convening Authority no later than 30 July 1993.

It is clear to me that the Terms of Reference of the Board of Inquiry limit the hearings to a review of the various principles, policies and practices of the Canadian Airborne Regiment Battle Group, an elite battle group which was recently called upon to exercise a peacekeeping role in a distraught environment called Somalia. Incidents there have received copious attention from the media and it is of record that criminal charges have been filed against four members of the Regiment. These incidents are of a nature to attract the attention of the public and to merit even more the attention of the media which, with respect, feel obliged to make sure that the attention of the public does not wane.

It is clear on the evidence before me that the mandate given to the Board must be exercised within a very short time. When first established on April 28, 1993, it was given a 90-day life span. Yet it was bestowed with a wide generic field of enquiry, which would necessarily involve in its proceedings the kind of communication which might be classified or might be prejudicial to any one or more of the named accused, or which might otherwise be contrary to

h) l'attitude de tous les grades à l'égard de la conduite des opérations conformément à la loi;

i) la justesse des valeurs et des attitudes professionnelles au sein du Régiment aéroporté canadien et l'effet du déploiement en Somalie sur ces valeurs et attitudes.

6. En outre, mais sous réserve des paragraphes 3 et 4, la commission d'enquête fera des recommandations sur toute autre question découlant de son enquête.

7. Le président peut demander à l'autorité convocatrice l'autorisation de modifier ce mandat ou d'y ajouter des éléments.

8. Conformément à l'article 21.12 des Ordonnances et règlement royaux applicables aux Forces canadiennes, les audiences de la commission d'enquête ne doivent pas être accessibles au public.

9. Les procès-verbaux des audiences de la commission d'enquête doivent être non classifiés, sauf disposition contraire de la loi.

10. Les procès-verbaux des audiences de la commission d'enquête doivent être mis à la disposition du public, sauf disposition contraire de la loi.

11. La commission d'enquête doit commencer son examen dès que cela est matériellement possible.

12. La commission d'enquête doit remettre ses procès-verbaux d'audience à l'autorité convocatrice au plus tard le 30 juillet 1993.

De toute évidence, à mon avis, le mandat de la commission d'enquête limite les audiences à l'examen de divers principes, politiques et pratiques du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien, groupement d'élite qui a été récemment affecté au maintien de la paix dans un pays dans la détresse, soit la Somalie. Les médias se sont faits abondamment l'écho des incidents qui s'y sont produits et l'on a porté à la connaissance de la Cour que des accusations ont été portées contre quatre membres du Régiment. Ces incidents sont de nature à attirer l'attention du public et encore plus celles des médias, qui se sentent obligés à mon sens de veiller à ce que l'attention du public ne décline pas.

Il ressort à l'évidence des témoignages que j'ai entendus que la commission doit s'acquitter de son mandat dans un délai très court. Lors de sa constitution le 28 avril 1993, la durée de son enquête a d'abord été fixée à 90 jours. Et pourtant la portée de son enquête est très large et générale; les audiences nécessiteront la communication de documents qui pourraient être classifiés ou qui pourraient être préjudiciables à l'un ou l'autre des accusés nommés, ou

public interest to disclose or which would constrain the proper exercise of Canada's international peacekeeping role. No serious observer would conclude that these are not at least plausible grounds for a discreet approach. As elaborated by the respondent, Major-General deFaye, in the course of his cross-examination by the applicants, an open policy would have required a series of *voir dire* on what evidence was to be adduced, on what was classified or not, on what was directly or by implication prejudicial to individuals. These *voir dire* would of course have had to be conducted behind closed doors, otherwise the whole purpose of the enquiry within the enquiry would have been aborted.

It is further noted in the evidence that the report of the Board of Inquiry will be made public, subject to such constraints as are noted in the Board's Terms of Reference or as imposed by law.

An analysis of the statutory and regulatory framework under the *National Defence Act* [R.S.C., 1985, c. N-5] indicates to me that a Board of Inquiry is far more an in-house procedure than a public forum which citizens may freely attend or on which the media may freely report. Whether or not it is constituted under a particular provision of the *National Defence Act* and its constitution made public, or simply organized by ministerial directive, the function of the Board, on a reading of its Terms of Reference, is such that, in my view, it does not necessarily or automatically trigger a concomitant right to sit in on the collection or collation of the evidence or on the deliberations of the members of the enquiry dealing with these Terms of Reference. To suggest otherwise is to propound the right to information in absolute terms and to effectively metamorphose a process of an internal enquiry into an adjudication function characteristic of judicial proceedings.

There is abundant case law, of course, that with respect to judicial proceedings, freedom of the press encompasses a right of access, as in *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), and in *Re Southam Inc. and The Queen* (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.). As was stated by

dont la divulgation pourrait porter atteinte à l'intérêt public ou nuire à l'accomplissement du rôle international de maintien de la paix du Canada. Aucun observateur sérieux ne conclurait que ce ne sont pas là à tout le moins des motifs plausibles pour mener une enquête discrète. Comme l'a expliqué le major-général deFaye, intimé, au cours de son contre-interrogatoire par les requérants, il aurait fallu, en cas d'audience publique, tenir une série de voir dire au sujet des témoins qu'il y avait lieu de faire entendre, au sujet de ce qui était classifié ou non et au sujet de ce qui était directement ou implicitement préjudiciable à des personnes. Il aurait fallu naturellement tenir ces voir dire à huis clos, sans quoi l'enquête dans l'enquête aurait perdu tout son sens.

La preuve indique également que le rapport de la commission d'enquête sera rendu public, sous réserve des contraintes précisées dans le mandat de la Commission ou imposées par la loi.

Il ressort de mon analyse du régime de la *Loi sur la défense nationale* [L.R.C. (1985), ch. N-5] et de ses règlements d'application qu'une commission d'enquête est beaucoup plus un mécanisme interne qu'une procédure publique à laquelle les citoyens peuvent assister librement ou sur laquelle les médias peuvent faire librement des reportages. Que la commission soit constituée sous le régime d'une disposition de la *Loi sur la défense nationale* et que sa constitution soit rendue publique, ou qu'elle émane d'une directive ministérielle, sa fonction, telle que définie dans son mandat, est de telle nature, à mon sens, qu'elle n'emporte pas nécessairement ou automatiquement un droit concomitant d'assister à la prise des témoignages ou aux délibérations des membres de la commission dans l'accomplissement de ce mandat. Affirmer le contraire, c'est ériger le droit à l'information en droit absolu et transformer un processus d'enquête interne en une fonction juridictionnelle propre aux procédures judiciaires.

Bien entendu, il ressort d'une abondante jurisprudence que, s'agissant d'une procédure judiciaire, la liberté de la presse englobe le droit d'assister aux procédures judiciaires; voir par exemple les arrêts *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.) et *Re Southam Inc. and The Queen*

MacKinnon A.C.J.O. in *Re Southam (No. 1)* [at page 119]:

There can be no doubt that the openness of the courts . . . was and is a felt necessity; it is a restraint on arbitrary action by those who govern and by the powerful.

The question may then be asked: what is a judicial proceeding? Mr. Justice Dickson [subsequently Chief Justice], as he then was and, as he continued to be, a master of the analytical method to resolve such questions, has suggested the following tests in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at page 504:

(1) Is there anything in the language in which the function is conferred or in the general context in which it is exercised which suggests that a hearing is contemplated before a decision is reached? [Underlining mine.]

(2) Does the decision or order directly or indirectly affect the rights and obligations of persons?

(3) Is the adversary process involved?

(4) Is there an obligation to apply substantive rules to many individual cases rather than, for example, the obligation to implement social and economic policy in the broad sense?

Freedom of the press as encompassing a right to information or a right of access to judicial proceedings is a well-established doctrine which, as I have already mentioned, has been known and respected for decades prior to the advent of the Charter. Similarly, the doctrine has been applied to other proceedings, as for a hearing under the *Police Act* [R.S.O. 1980, c. 381] dealing with a charge of discreditable conduct against a police officer: *Re Ottawa Police Force and Lalande* (1986), 57 O.R. (2d) 509 (Dist. Ct.); or as for a detention review hearing under the *Immigration Act 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329 (T.D.), where Rouleau J., at page 336 found that:

[S]tatutory tribunals exercising judicial or quasi-judicial functions involving adversarial-type processes which result in decisions affecting rights truly constitute part of the "administration of justice".

It seems to me in the circumstances that the right of access to information, as a corollary to the free-

(1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.). Comme le dit le juge MacKinnon, juge en chef adjoint de l'Ontario, dans l'arrêt *Re Southam (No. 1)* [à la page 119]:

[TRADUCTION] Il est évident que l'accessibilité du public aux tribunaux a été et continue d'être considérée comme une nécessité; elle offre une garantie contre toute mesure arbitraire de la part de ceux qui gouvernent ou qui sont puissants.

On peut alors se demander: qu'est-ce qu'une procédure judiciaire? Le juge Dickson (plus tard juge en chef), qui a toujours été un maître de la méthode analytique appliquée à la résolution de telles questions, propose les critères suivants dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, à la page 504:

(1) Les termes utilisés pour conférer la fonction ou le contexte général dans lequel cette fonction est exercée donnent-ils à entendre que l'on envisage la tenue d'une audience avant qu'une décision soit prise? [Soulignement ajouté.]

(2) La décision ou l'ordonnance porte-t-elle directement ou indirectement atteinte aux droits et obligations de quelqu'un?

(3) S'agit-il d'une procédure contradictoire?

(4) S'agit-il d'une obligation d'appliquer les règles de fond à plusieurs cas individuels plutôt que, par exemple, de l'obligation d'appliquer une politique sociale et économique au sens large?

La doctrine selon laquelle la liberté de la presse englobe le droit à l'information ou le droit d'assister aux procédures judiciaires est bien établie et, je le répète, était connue et suivie depuis plusieurs décennies avant l'adoption de la Charte. De la même façon, la doctrine a été appliquée à d'autres procédures, comme une audience en vertu de la *Police Act* [L.R.O. 1980, ch. 381] relative à une accusation de conduite indigne d'un policier: *Re Ottawa Police Force and Lalande* (1986), 57 O.R. (2d) 509 (C. dist.); ou comme une audience de révision des motifs de la détention en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52] affaire *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329 (1^{re} inst.), dans laquelle le juge Rouleau conclut ceci, à la page 336:

. . . les tribunaux créés par la loi et qui exercent des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires donnant lieu à des procédures contradictoires qui entraînent des décisions quant aux droits des parties, participent vraiment à «l'administration de la justice».

Il me semble que, vu les circonstances, le droit d'accès à l'information, en tant que corollaire de la

dom of the press, has been consistently recognized when the right is claimed to cover judicial or quasi-judicial proceedings. That right, however, is no more than the expression of the “open court” doctrine. If open courts are to be the rule, there is no issue as to the press generally having access to them and to the information their proceedings disclose.

I should nevertheless seriously doubt that the right of access to information applies to hearings of committees, boards of inquiry, study groups, task forces or any similar group which might be entrusted to hear evidence and submissions, and make recommendations thereon to the authority which appointed them. If I should express this thought in doubtful terms, it is to eschew the temptation to make any kind of generalized statement on the issue. It is not the name given to an enquiry which determines its judicial or quasi-judicial characteristics; it is rather the nature of its function which would either meet or not meet the test set out by Mr. Justice Dickson in *Coopers and Lybrand* (*supra*).

It is in this light that the inquiry before me must be analyzed to see whether or not it is of a nature where the applicants can place reliance on the jurisprudence otherwise favourable to them and which deal either with judicial or quasi-judicial proceedings or with enquiries where some kind of *modus vivendi* was reached as to access in whole or in part. Counsel referred among others to the Marin Inquiry [Commission of Inquiry Relating to Public Complaint, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police] which albeit under media pressure, did change its Terms of Reference to allow limited access to its proceedings. The nature of the inquiry, in any event, related to any evidence of wrongdoing on the part of the RCMP, a term of reference not found in the Board of Inquiry before me.

Similarly, it was a policy decision of the well-known McDonald Commission [Commission of Inquiry concerning certain activities of the Royal Canadian Mounted Police] to hold limited public hearings and again, the Commission had been asked to investigate RCMP activities not authorized or pro-

liberté de la presse, a été reconnu de manière uniforme quand le droit revendiqué est celui de couvrir des procédures judiciaires ou quasi judiciaires. Toutefois, ce droit n'est tout au plus que l'expression de la doctrine de l'accessibilité des tribunaux. Si la règle est l'accessibilité, tous admettront que la presse a généralement accès aux séances et aux renseignements divulgués au cours de celles-ci.

Je doute néanmoins sérieusement que le droit d'accès à l'information s'applique aux audiences de comités, commissions d'enquête, groupes de travail ou autres groupes semblables qui pourraient être chargés d'entendre des témoignages ou de recevoir des mémoires et de faire des recommandations à ce sujet à l'autorité qui les a nommés. Si j'exprime un doute à ce propos, c'est pour fuir la tentation de généraliser. Ce n'est pas le nom donné à une enquête qui détermine son caractère judiciaire ou quasi judiciaire; c'est plutôt la nature de sa fonction qui satisfait ou non aux critères énoncés par le juge Dickson dans l'arrêt *Coopers and Lybrand*, précité.

C'est sous cet angle qu'il faut analyser l'enquête dont je suis saisi pour voir si, étant donné sa nature, les requérants peuvent invoquer la jurisprudence qui leur est favorable par ailleurs et qui porte soit sur des procédures judiciaires ou quasi judiciaires, soit sur des enquêtes pour lesquelles un certain *modus vivendi* a été trouvé quant à l'accès total ou partiel. Les avocats se sont reportés entre autres à l'enquête Marin [Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie Royale du Canada] qui, encore que ce fût à cause de la pression des médias, a modifié son mandat pour permettre l'accès limité à ses audiences. La nature de l'enquête, de toute façon, concernait tout acte délictueux commis par la GRC, élément absent du mandat de la présente commission d'enquête.

De la même façon, la ligne de conduite suivie par la célèbre Commission McDonald [Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie Royale du Canada] a été de tenir des audiences publiques restreintes et, une fois de plus, la commission avait reçu le mandat d'enquêter sur les activités

vided for by law, in other words, to gather evidence, if any, of wrongdoing.

The enquiry before me is evidently not of the same nature. No impropriety or wrongdoing is involved. No individual rights or duties are made subject to scrutiny. No general determination of rights and duties is part of its mandate. An analysis of its Terms of Reference indicates to me that it is much more an internal affair by which the Chief of Defence Staff, faced with certain anomalies in the conduct of a crack battle group in Somalia, wishes to obtain findings and recommendations in respect of the leadership, discipline, operations, actions and procedures of that group and, as I interpret the Terms of Reference, the appropriateness of its particular training, conditioning and disciplinary methods in the conduct of peace-keeping operations.

In my view, it is the kind of enquiry which goes on within the National Defence establishment and which, in normal circumstances, is conducted as a matter of course. The fact that the constitution of the enquiry was made public does not change its nature. The purpose behind such public announcements is not for this Court to decide nor is it material to a finding as to the nature of the enquiry. It is not, I repeat, not involved in the individual conduct of certain members of the battle group which, we all recognize, is what provoked the media's attention and what in turn created a highly politicized atmosphere both inside and outside Parliament.

Pursuant to its mandate, the enquiry could have been open to the public. The convening authority, for the reasons stated, decided otherwise. Many would not agree that the reasons advanced are sufficient or appropriate. Many would suggest that they are spurious, facile or essentially self-serving. A continuing public debate might flow from all this, but I respectfully submit that they raise policy issues and not legal issues.

In this light, the forceful arguments advanced by counsel for the applicants deal not so much with con-

de la GRC non autorisées ou non prévues par la loi, autrement dit, de recueillir des éléments de preuve relatifs à des actes délictueux.

a La présente enquête n'est évidemment pas de la même nature. Aucune irrégularité ou acte délictueux n'est en cause. Aucun droit ou obligation de qui que ce soit ne fait l'objet d'un examen. Le mandat n'implique pas de décision générale sur des droits et des obligations. L'analyse du mandat m'indique qu'il s'agit beaucoup plus d'une enquête interne par laquelle le chef d'état-major de la défense, se trouvant devant certaines anomalies dans la conduite d'un groupement tactique d'élite, veut qu'on tire des conclusions et qu'on lui fasse des recommandations relativement au commandement, à la discipline, aux opérations, aux actions et aux méthodes de ce groupement et, selon mon interprétation du mandat, relativement à l'opportunité de ses méthodes d'entraînement de préparation et de discipline pour la conduite d'opérations de maintien de la paix.

À mon avis, c'est un type d'enquête qui est normal dans le milieu de la Défense nationale et qui, en temps normal, se déroule tout naturellement. Le fait que la constitution de la commission d'enquête a été rendue publique n'en change pas la nature. Il n'appartient pas à la présente Cour d'étudier l'objet de cette annonce et cet objet n'est pas pertinent par rapport à sa conclusion quant à la nature de l'enquête. Celle-ci, je le répète, ne porte pas sur la conduite d'individus appartenant au groupement tactique, même si c'est cette conduite qui, tous le reconnaissent, a éveillé l'attention des médias et en retour donné à l'affaire un caractère hautement politique tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Parlement.

Conformément à son mandat, la commission d'enquête aurait pu permettre au public d'assister à ses audiences. L'autorité convocatrice, pour les motifs précités, a décidé autrement. D'aucuns n'admettraient pas que les motifs avancés sont suffisants ou appropriés. D'aucuns affirmeraient qu'ils sont fallacieux, superficiels ou essentiellement intéressés. Tout cela pourrait donner lieu à un long débat public, mais à mon sens, ce sont des questions de politique et non des questions de droit qui sont soulevées.

j Sous cet angle-là, les arguments vigoureux qu'a fait valoir l'avocat des requérants ne se rapportent

stitutional guarantees as with a policy decision which the convening authority was empowered to make. As it is not the kind of enquiry to which the intended "right of access to information" can apply, I fail to see that the closed-door policy is in breach of paragraph 2(b) of the Charter.

The appropriateness of that policy, absent a breach of the Charter, is perhaps a matter for continuing political and media debate, but I should find that it lies beyond the field of judicial comment.

I would therefore dismiss the application.

tant aux garanties constitutionnelles qu'à une décision de principe que l'autorité convocatrice était habilitée à prendre. Comme ce n'est pas le genre d'enquête auquel le «droit d'accès à l'information» revendiqué peut s'appliquer, je ne suis pas d'avis que la décision de tenir l'enquête à huis clos porte atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte.

En l'absence de violation de la Charte, l'opportunité de cette décision est peut-être susceptible d'occasionner un long débat dans l'arène politique ou dans les médias, mais je conclurais qu'elle échappe à la sphère de compétence des tribunaux.

c Je rejetterais donc la demande.

A-520-91

A-520-91

Fereidoon Zolfagharkhani (Appellant)**Fereidoon Zolfagharkhani (appellant)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: ZOLFAGHARKHANI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: ZOLFAGHARKHANI c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Décary J.J.A.—Vancouver, May 20; Ottawa, June 15, 1993.

Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Vancouver, 20 mai; Ottawa, 15 juin 1993.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from Immigration and Refugee Board's finding appellant had insufficient grounds to fear persecution based on political opinion — Deserting Iranian military during paramedic training upon learning of intention to use chemical warfare against Kurds — Board holding objection to chemical warfare not valid, reasonable because as paramedic would not be fighting, but serving in humanitarian capacity — Board erred in factual findings, analysis of prospective participation in warfare — Absolute proposition prosecution, not persecution, where government merely enforcing ordinary law of general application insupportable in re majority of countries from which refugee claims arise — Review of case law — General propositions relating to status of ordinary laws of general application set out — Use of chemical weapons contrary to international customary law — Where type of military action individual avoiding condemned by international legal community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion can be regarded as persecution — Ordinary Iranian conscription law of general application as applied to conflict in which Iran intended to use chemical weapons persecution for political opinion.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que l'appelant n'avait pas de motifs valables de craindre d'être persécuté pour son opinion politique — L'appelant a déserté l'armée iranienne au cours d'une formation de travailleur paramédical lorsqu'il a appris l'intention de recourir à la guerre chimique contre les Kurdes — La Commission a décidé que l'objection à la guerre chimique n'était ni valable ni raisonnable parce que l'appelant, en tant que travailleur paramédical, ne combattrait pas, mais qu'il jouait un rôle d'ordre humanitaire — La Commission a commis une erreur dans ses conclusions de fait, dans son analyse d'une participation éventuelle à la guerre — Affirmer de façon absolue qu'il s'agit de poursuite, et non de persécution, lorsqu'un gouvernement applique simplement une loi ordinaire d'application générale, ne saurait valoir pour la majorité des pays à l'origine des affaires de réfugiés — Examen de la jurisprudence — Exposé des propositions générales relatives au statut des lois ordinaires d'application générale — L'usage d'armes chimiques va à l'encontre du droit coutumier international — Lorsque le type d'action militaire que l'individu en question évite est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion peut être considérée comme une persécution — La loi iranienne sur la conscription ayant une application générale, appliquée à un conflit dans lequel l'Iran avait l'intention de faire usage d'armes chimiques, équivaut à de la persécution pour des opinions politiques.

International law — Convention refugee claimant had deserted Iranian army on learning of intention to use chemical weapons in war against Kurds — Conscientious objection to participation in chemical warfare — Whether fearing persecution or prosecution for contravening ordinary law of general application — Reference to international conventions prohibiting use of poisonous gases, other forms of chemical warfare — Iran v. Iraq War only conflict in which chemical weapons used in past 75 years — Use of such weapons now to be considered against international customary law — Where type of military action objected to is condemned by international legal community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion regarded as persecution.

Droit international — Un demandeur de statut de réfugié au sens de la Convention a déserté l'armée iranienne lorsqu'il a appris que celle-ci avait l'intention de faire usage d'armes chimiques dans une guerre contre les Kurdes — Objection de conscience à la participation à la guerre chimique — S'agit-il d'une crainte de persécution ou de poursuite pour violation d'une loi ordinaire d'application générale? — Mention des conventions internationales qui interdisent le recours à des gaz toxiques, à d'autres formes de guerre chimique — Au cours des soixante-quinze dernières années, la guerre Iran-Irak était le seul conflit dans lequel des armes chimiques ont été utilisées — L'usage de ces armes devrait maintenant être considéré comme allant à l'encontre du droit coutumier international — Lorsque le type d'action militaire qui a fait l'objet d'une objec-

The appellant is an Iranian who served in that country's military for 27 months during the Iran/Iraq War. He did not object to such service. He was subsequently requested to report for a further six months of military service as a paramedic in a war against the Kurdish movement. During the last week of his training as a paramedic he learned that his government intended to engage in chemical warfare against his Kurdish countrymen. He deserted and fled the country for conscientious reasons. The Immigration and Refugee Board found that he did not have good grounds to fear persecution based on his political opinion. It held that his specific objection to participation in chemical warfare was neither valid nor reasonable because as a paramedic he would not be fighting with chemical weapons, but merely acting in a humanitarian capacity.

Held, the appeal should be allowed.

The Board's factual finding that evidence indicated that both the Iranian and Kurdish military might resort to the use of chemical warfare was insupportable. The only evidence referred to was what the claimant was told by his supervisors during his training. What he learned may be taken as evidence of the Iranians' intention to use such weapons, but it was no more than self-serving speculation about the intentions of the Kurds. Moreover, although the Board made this one of its reasons for finding that the appellant's specific objection to participating in the war was not reasonable, it was irrelevant since Kurdish use could not justify Iranian use. The Board also erred in its analysis of the appellant's prospective degree of participation. Treatment of Iranian soldiers inadvertently caught in chemical clouds caused by changing winds, and treatment of Kurdish prisoners of war enable them to be interrogated would both be of material assistance to the Iranian military in chemical weapons assaults. A reasonable person in the appellant's place would not be able to wash his hands of guilt as the Board suggested. Indeed, it was even open to question as to whether participation as a paramedic in an operation in which chemical weapons were used might have led to the appellant's exclusion from Convention refugee status for having committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity. The very question indicated that the Board took an unreasonable approach in holding that the appellant's degree of participation would have been insufficient reasonably to raise any issue of conscience.

The Board has often taken *Musial v. Minister of Employment and Immigration* to have established the proposition that where a government has enacted an ordinary law of general application it cannot be guilty of persecution, and engages

tion est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion est considérée comme une persécution.

a L'appelant est un Iranien qui a servi dans l'armée iranienne pendant 27 mois au cours de la guerre Iran-Irak. Il ne s'est pas opposé à ce service. Ultérieurement, on lui a demandé de se présenter en vue d'une autre période de service militaire de six mois à titre de travailleur paramédical dans une guerre contre le mouvement kurde. Au cours de la dernière semaine de sa formation de travailleur paramédical, il a appris que son gouvernement avait l'intention de s'engager dans une guerre chimique contre ses compatriotes kurdes. Il a déserté et s'est enfui du pays pour des raisons de conscience. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a décidé qu'il n'avait pas de motifs valables de craindre la persécution fondée sur son opinion politique. Elle a statué que son opposition particulière à la participation à la guerre chimique n'était ni valable ni raisonnable parce que, en tant que travailleur paramédical, il ne combattrait pas avec des armes chimiques, mais qu'il jouerait simplement un rôle d'ordre humanitaire.

d *Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

e La conclusion de fait de la Commission selon laquelle il ressort de la preuve que tant l'armée iranienne que l'armée kurde pourraient recourir à la guerre chimique ne saurait être étayée. Le seul élément de preuve mentionné résidait dans les propos des surveillants du demandeur au cours de sa formation. Ce qu'il a appris peut être interprété comme étant la preuve de l'intention des Iraniens d'utiliser ces armes, mais constitue tout au plus une hypothèse intéressée sur les intentions des Kurdes. De plus, bien que ce motif soit l'un de ceux invoqués par la Commission pour conclure que l'opposition particulière de l'appelant à la participation à la guerre n'était pas raisonnable, il n'est pas pertinent puisque l'utilisation kurde ne pouvait justifier l'utilisation iranienne. La Commission a également commis une erreur dans son analyse du degré de participation éventuel de l'appelant. Le traitement des soldats iraniens pris par inadvertance dans des nuages chimiques poussés par des vents changeants, et le traitement des prisonniers de guerre kurdes de manière à les mettre en état d'être interrogés aideraient tous deux considérablement l'armée iranienne dans ses assauts lancés à l'aide d'armes chimiques. Une personne raisonnable se trouvant à la place de l'appelant ne pourrait se laver les mains de toute culpabilité comme la Commission l'a proposé. En fait, on peut même se demander si la participation à titre de travailleur paramédical dans une opération où des armes chimiques ont été utilisées aurait pu rendre l'appelant inadmissible au statut de réfugié au sens de la Convention pour avoir commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. La question même indique que la Commission a adopté une approche déraisonnable en décidant que le degré de participation de l'appelant ne suffisait pas raisonnablement à soulever une question de conscience.

j La Commission a souvent interprété la décision *Musial c. Ministre de l'Emploi et de l'immigration* comme ayant établi que, lorsqu'un gouvernement a édicté une loi ordinaire d'application générale, on ne saurait dire qu'il est coupable de per-

merely in prosecution of those who contravene it. Since any ordinary law of general application in a dictatorial or totalitarian state may be an act of oppression, such an absolute proposition of prosecution, not persecution, cannot be supported in relation to the majority of countries from which refugee cases arise. Upon a review of the case law, the following general propositions relating to the status of an ordinary law of general application in determining the question of persecution could be set forth: (1) The statutory definition of Convention refugee makes the intent (or any principal effect) of an ordinary law of general application, rather than the motivation of the claimant, relevant to the existence of persecution. (2) The neutrality of an ordinary law of general application *vis-à-vis* the five grounds for refugee status must be judged objectively by Canadian tribunals and courts when required. (3) In such consideration, an ordinary law of general application, even in non-democratic societies, should be given a presumption of validity and neutrality, and the onus should be on the claimant to show that the law was inherently, or for some other reason, persecutory. (4) It will not be enough for the claimant to show that a particular regime is generally oppressive, but rather that the law in question is persecutory in relation to a Convention ground.

The ordinary law of general application which the appellant had to impeach on the Convention refugee ground of political opinion was the Iranian law of military conscription. The issue as to conscientious objection related solely to participation in chemical warfare. The Board's distinction between participation and non-participation in military activity was unrealistic and naïve in the context of the horrendous nature of chemical weapons, which make no distinction between combatant and non-combatant. Given various international undertakings, and the fact that the only use of chemical weapons in international warfare in the past 75 years has been in the Iran/Iraq War, the use of chemical weapons should now be considered to be against international customary law. The U.N. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Convention Refugee Status* provides that where the type of military action with which an individual does not wish to be associated is condemned by the international legal community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion could be regarded as persecution. That was the situation here. The international community judges the probable use of chemical weapons to be contrary to basic rules of human conduct, and consequently the ordinary Iranian conscription law of general application, as applied to a conflict in which Iran intended to use chemical weapons, amounts to persecution for political opinion.

The Board erred in failing to find that the appellant's specific objection was either reasonable or valid. If truly felt it was both. It was also a political act. The appellant's refusal to participate in the military action against the Kurds would be treated by the Iranian government as the expression of an unacceptable political opinion.

sécution, mais qu'il exerce simplement des poursuites contre ceux qui la violent. Puisqu'une loi ordinaire quelconque d'application générale dans un pays dictatorial ou totalitaire peut constituer un acte d'oppression, une telle notion absolue de poursuite, et non de persécution, ne saurait valoir pour la majorité des pays à l'origine des affaires de réfugiés. L'examen de la jurisprudence permet de dégager les propositions générales suivantes relatives au statut d'une loi ordinaire d'application générale lorsqu'il s'agit de trancher la question de persécution: 1) La définition légale de réfugié au sens de la Convention rend l'objet (ou tout effet principal) d'une loi ordinaire d'application générale, plutôt que la motivation du demandeur, applicable à l'existence d'une persécution. 2) La neutralité d'une loi ordinaire d'application générale, à l'égard des cinq motifs d'obtention du statut de réfugié, doit être jugée objectivement par les cours et les tribunaux canadiens lorsque cela est nécessaire. 3) Dans cet examen, une loi ordinaire d'application générale, même dans des sociétés non démocratiques, devrait être présumée valide et neutre, et le demandeur devrait être tenu de montrer que la loi en question revêt, ou bien en soi ou bien pour une autre raison, un caractère de persécution. 4) Il ne suffira pas au demandeur de montrer qu'un régime donné est généralement tyrannique. Il devra plutôt prouver que la loi en question a un caractère de persécution par rapport à un motif énoncé dans la Convention.

La loi ordinaire d'application générale que l'appelante doit contester est la loi iranienne portant sur la conscription militaire. La question de l'objection de conscience se rapporte uniquement à la participation à la guerre chimique. La distinction que la Commission a faite entre la participation et la non-participation à une activité militaire est peu réaliste et naïve, étant donné la nature affreuse des armes chimiques, qui ne font aucune distinction entre combattants et non-combattants. Étant donné divers engagements internationaux et le fait que le seul usage d'armes chimiques dans une guerre internationale au cours des soixante-quinze dernières années a été fait dans la guerre Iran-Irak, l'usage d'armes chimiques devrait maintenant être considéré comme allant à l'encontre du droit coutumier international. Le *Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* des Nations Unies prévoit que lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion peut être considérée comme une persécution. Telle est la situation en l'espèce. La communauté internationale juge l'usage probable d'armes chimiques contraire aux règles de conduite les plus élémentaires et, en conséquence, la loi iranienne sur la conscription ayant une application générale, appliquée à un conflit dans lequel l'Iran avait l'intention de faire usage d'armes chimiques, équivaut à de la persécution pour des opinions politiques.

La Commission a eu tort de ne pas conclure que l'objection particulière de l'appelante était ou bien raisonnable ou bien valable. Si cette objection était vraiment sincère, elle était à la fois raisonnable et valable. Il s'agissait également d'un acte politique. Le refus de l'appelant de participer à l'action militaire contre les Kurdes serait considéré par le gouvernement

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Musial v. Minister of Employment and Immigration, [1982] 1 F.C. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.); *Padilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.); *Cheung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Abarca v. The Minister of Employment and Immigration*, W-86-4030-W, decision dated 21/3/86, not reported; *Cruz v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (I.A.B.).

REFERRED TO:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.); *Hilo v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 130 N.R. 236 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

United Nations. *Conscientious Objection to Military Service*, U.N. Doc. E/ CN.4/ Sub. 2/ 1983/ 30/ Rev. 1.

United Nations. *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction*, GA Res. 2826 (XXVI), December 16, 1971.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva, 1988, par. 171.

APPEAL from Immigration and Refugee Board finding that the appellant had insufficient grounds to fear persecution based on political opinion for having deserted the Iranian military because he objected to being involved in chemical warfare against the Kurds. Appeal allowed.

COUNSEL:

Lesley E. Stalker for appellant.
Keith Reimer for respondent.

iranien comme l'expression d'une opinion politique inacceptable.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Musial c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1982] 1 C.F. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.); *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.); *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Abarca c. Le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, W-86-4030-W, décision en date du 21-3-86, inédite; *Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (C.A.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.); *Hilo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 130 N.R. 236 (C.A.F.).

DOCTRINE

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Nations Unies. *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction*, Rés. AG 2826 (XXVI), 16 décembre 1971.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Genève, 1979, par. 171.

Nations Unies. *L'objection de conscience au service militaire*, U.N. Doc. E/ CN.4/ Sub. 2/ 1983/ 30/ Rev. 1.

APPEL de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que l'appelant n'avait pas de motifs valables de craindre la persécution fondée sur des opinions politiques pour avoir déserté l'armée iranienne parce qu'il s'opposait à la participation à une guerre chimique contre les Kurdes. Appel accueilli.

AVOCATS:

Lesley E. Stalker pour l'appellant.
Keith Reimer pour l'intimé.

SOLICITORS:

Lesley Stalker, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This case concerns the status of conscientious objectors in relation to the definition of "Convention refugee" found in subsection 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] ("the Act"). This issue was raised but not entirely resolved in this Court in *Musial v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 290 (C.A.), and now has to be revisited.

I

The appellant is an Iranian citizen who, commencing in 1986, served a total of 27 months in the Iranian military as a gunner in a tank crew during the Iran/Iraq War. Subsequent to his discharge, the Revolutionary Guards requested him to report for a further six months of military service as a paramedic in a war against the Kurdish movement. The appellant reported for a one-month training course for paramedics, and during the last week of training discovered the apparent intention of his government to engage in chemical warfare against the Kurds. His conscience being troubled by this, he deserted and fled the country.

Since the appellant's claim is based on alleged errors in the reasoning of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board ("the Board"), it will be useful to set out its relevant reasoning in full (Appeal Book, at pages 64-66):

3.0 Issues

The issue the Division must decide on this case is whether the claimant's alleged opposition to serving further in the military is sufficient to give him good grounds to fear persecution based on his political opinion.

PROCUREURS:

Lesley Stalker, Vancouver, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: L'espèce concerne le statut d'objecteur de conscience par rapport à la définition de «réfugié au sens de la Convention» figurant au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1] («la Loi»). Cette question a été soulevée dans l'affaire *Musial c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 290 (C.A.), mais n'a pas été entièrement tranchée, et elle doit maintenant être revue.

I

L'appelant est un citoyen iranien qui, à partir de 1986, a servi dans l'armée iranienne pendant 27 mois au total, en tant qu'artilleur dans une équipe de char au cours de la guerre Iran-Irak. Ultérieurement à sa libération, les Gardiens de la révolution lui ont demandé de se présenter en vue d'une autre période de service militaire de six mois à titre de travailleur paramédical dans une guerre contre le mouvement kurde. L'appelant s'est présenté pour suivre un cours de formation d'un mois destiné aux travailleurs paramédicaux, et, au cours de la dernière semaine de formation, il a découvert l'intention manifeste de son gouvernement de s'engager dans une guerre chimique contre les Kurdes. Moralement tracassé par cet état de choses, il a déserté et s'est enfui du pays.

Puisque la revendication de l'appelant repose sur des erreurs alléguées commises dans le raisonnement de la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié («la Commission»), il sera utile de reproduire en entier son raisonnement (dossier d'appel, aux pages 64 à 66):

[TRADUCTION] 3.0 Points litigieux

La question que la section du statut doit trancher en l'espèce consiste à savoir si l'opposition alléguée du demandeur à l'obligation de servir encore dans l'armée suffit à lui donner des motifs valables de craindre la persécution fondée sur son opinion politique.

4.0 Analysis

The claimant does not object to serving in the Iranian military. He enlisted in the military in the fall of 1986 and served for 27 months. He willingly participated in 13 military operations of the Iran/Iraq war, during which chemical weapons were sometimes used. He justified the killing of Iraqis because he believed they were enemies who had invaded his country.

The claimant alleged that his refusal to serve in the Iranian military in April, 1990, was based on his objection against killing his fellow countrymen, the Kurds, with chemical weapons. When the Revolutionary Guards first requested that the claimant be a paramedic in a war against the Kurdish movement, there was no probative evidence to suggest that the claimant objected. In fact, he complied willingly by reporting to a training course. It was not until the last week of his training, when the training focused on the treatment of injuries caused by chemical warfare, that the claimant's conscience became troubled. The claimant did not object to fighting his fellow countrymen, the Kurds, but rather he allegedly objected specifically to the possible use of chemical warfare against these people.

This panel does not find the claimant's specific objection as stated above to be either reasonable or valid. The reasons for our conclusion are as follows:

1. The claimant testified that during the last week of training, the person in charge of the health department of the Revolutionary Guards gave a speech indicating the possible use of chemical warfare against the Kurdish people. The claimant understood that in the event that chemical warfare was engaged, not even friendly forces were immune. The claimant also understood that the Iranian military also needed to extract information from the Kurdish prisoners of war, implying that the claimant must also treat the injured Kurdish people.

2. Evidence also indicated that both the Iranian and the Kurdish military might resort to the use of chemical warfare. The claimant was told during his training that the enemy (the Kurds) might resort to chemical weapons because of their former contact with the Iraqis.

3. The claimant testified that, as a paramedic, he was not supposed to use any weapons, not even a grenade. He was never asked to use chemical weapons directly against anyone. Rather, his role was limited exclusively to treatment of the injured. The claimant thought that working as a paramedic in the military was a refresher and that the reason he was given such a job was because he had already served two years in a tank.

4. In conclusion, the claimant was not to engage in any direct combat in the war against the Kurdish movement. His military duties were restricted solely to treatment of the injured and these injured included both the Iranian soldiers and the Kurdish people. The Iranian military did warn the claimant regarding the possibility of injuries caused by chemical war-

4.0 Analyse

Le demandeur ne s'oppose pas au service militaire dans l'armée iranienne. Il s'est engagé dans l'armée à l'automne 1986, et il a servi pendant 27 mois. Il a volontiers participé à 13 opérations militaires de la guerre Iran-Irak, au cours de laquelle des armes chimiques ont parfois été utilisées. Il a justifié la mort des Irakiens parce qu'il croyait qu'ils étaient des ennemis qui avaient envahi son pays.

D'après le demandeur, son refus de servir dans l'armée iranienne en avril 1990 reposait sur son opposition au massacre de ses compatriotes, les Kurdes, à l'aide d'armes chimiques. Il n'existe pas de preuve probante que le demandeur se soit opposé à servir comme travailleur paramédical dans une guerre contre le mouvement kurde lorsque les gardiens de la révolution le lui ont tout d'abord demandé. En fait, il s'est volontiers exécuté en se présentant à un cours de formation. C'est seulement à la dernière semaine de sa formation, lorsque celle-ci se concentrait sur le traitement des blessures causées par la guerre chimique, qu'une inquiétude a commencé à peser sur sa conscience. Le demandeur ne s'est pas opposé à la lutte contre ses compatriotes, les Kurdes, mais il se serait opposé particulièrement au recours possible à la guerre chimique contre ces gens.

Ce tribunal ne trouve pas raisonnable ni valable l'objection particulière du demandeur exposée ci-dessus. Voici les motifs de notre conclusion:

1. Le demandeur a témoigné que, au cours de la dernière semaine de formation, le responsable du service de santé des Gardiens de la révolution avaient fait un discours mentionnant le recours possible à la guerre chimique contre les Kurdes. Le demandeur a compris que, dans l'éventualité de cette guerre chimique, même les forces amies n'en étaient pas à l'abri. Le demandeur a également compris que l'armée iranienne avait aussi besoin d'arracher des renseignements à des prisonniers de guerre kurdes, laissant entendre qu'il devait également traiter les blessés kurdes.

2. Il ressort également de la preuve que tant l'armée iranienne que l'armée kurde pouvaient recourir à la guerre chimique. On a dit au demandeur au cours de sa formation que l'ennemi (les Kurdes) pourrait utiliser des armes chimiques du fait de son contact antérieur avec les Irakiens.

3. Selon le témoignage du demandeur, en sa qualité de travailleur paramédical, il n'était pas censé utiliser des armes, pas même une grenade. On ne lui a jamais demandé d'utiliser des armes chimiques contre quiconque; son rôle se limitait exclusivement au traitement des blessés. Le demandeur a pensé qu'être travailleur paramédical constituait une mise à jour de ses connaissances, et que la raison pour laquelle on lui avait donné ce travail était qu'il avait déjà servi deux ans dans un char.

4. En conclusion, le demandeur ne devrait livrer aucun combat direct contre le mouvement kurde. Ses obligations militaires se limitaient uniquement au traitement des blessés, et ceux-ci comprenaient tant les soldats iraniens que les Kurdes. L'armée iranienne a effectivement averti le demandeur de la possibilité de blessures causées par la guerre chimique, laissant

fare, with the clear understanding that chemical weapons might be used by both the Iranian and Kurdish military. In effect, the claimant would not be fighting his own brothers, the Kurds, with chemical weapons as alleged, but rather, he would be placed in a role as a paramedic where he may be able to help his brothers on both sides of the camp, namely the Iranian soldiers and the Kurdish people.

According to all the above evidence, this panel does not find good grounds to substantiate the claimant's fear of persecution on the basis of his political opinion, namely his objection to serving as a paramedic in the Iranian military in a war against the Kurdish movement.

It was common ground that the appellant did not object to serving in the Iranian military during the Iran/Iraq War. However, despite the Board's implication that chemical weapons were used by both sides in that war, the only evidence to which we were referred was as to Iraqi use against Iranian forces (Appeal Book, at page 24). If the Board intended an inference that the appellant was inconsistent in objecting to chemical weapons' use in one war but not in another, it failed to make that sufficiently clear. In any event, such an allegation would not appear to be supported by the record.

The appellant's counsel maintained that the appellant did not wish to participate in warfare against Iranian Kurds even if there were no question of the use of chemical weapons because it "was against humanity to try to destroy [one's own] countrymen" (Appeal Book, at page 26). But on my reading of the oral evidence there is always an ambiguity in such statements as to whether or not the appellant was speaking in the context of the use of chemical weapons,¹ and I cannot say that the Board's interpretation of the facts was wrong. I therefore accept the Board's statement, that "the claimant did not object to fighting his fellow countrymen, the Kurds, but rather he allegedly objected specifically to the possible use of chemical warfare against these people."

¹ Only in his Personal Information Form did the appellant squarely state that he "did not want to be part of this civil war" (Appeal Book, at p. 40), and that seems to have been merely a mental reservation which he did not share with anyone. In his evidence he stated that he turned against the Iranian Government only in the last week of his training as a paramedic when he learned about the chemical weapons (Appeal Book, at p. 20).

entendre clairement que les armes chimiques pourraient être utilisées tant par l'armée iranienne que par l'armée kurde. En fait, le demandeur n'avait pas à combattre ses propres frères, les Kurdes, avec des armes chimiques comme il a été allégué, mais on lui réservait le rôle de travailleur paramédical lui permettant d'aider ses frères des deux côtés du camp, à savoir les soldats iraniens et les Kurdes.

Compte tenu de tous ces éléments de preuve, ce tribunal ne trouve pas de motifs valables pour justifier la crainte de persécution du demandeur fondée sur son opinion politique, c'est-à-dire son opposition à l'obligation de servir comme travailleur paramédical dans l'armée iranienne dans une guerre contre le mouvement kurde.

Il est constant que l'appelant ne s'est pas opposé à l'obligation de servir dans l'armée iranienne pendant la guerre Iran-Irak. Toutefois, bien que la Commission ait insinué que des armes chimiques avaient été utilisées par les deux côtés dans cette guerre, la seule preuve à laquelle on nous a renvoyés se rapportait à l'utilisation irakienne de ces armes contre les forces iraniennes (dossier d'appel, à la page 24). Si la Commission voulait conclure que l'appelant était inconséquent en s'opposant à l'utilisation d'armes chimiques dans une guerre mais non dans une autre, elle ne l'a pas précisé suffisamment. Quoiqu'il en soit, une telle allégation ne semblerait pas étayée par le dossier.

L'avocat de l'appelant soutient que ce dernier ne voulait pas participer à une guerre contre les Kurdes iraniens même s'il n'était nullement question de l'utilisation d'armes chimiques parce que c'[TRADUCTION] «était agir contre l'humanité que de tenter de détruire [ses propres] compatriotes» (dossier d'appel, à la page 26). Mais, selon mon interprétation du témoignage oral, ces déclarations contiennent toujours une ambiguïté quant à la question de savoir si oui ou non l'appelant parlait dans le contexte de l'utilisation d'armes chimiques¹, et je ne saurais dire que l'interprétation des faits par la Commission était erronée. J'accepte donc la déclaration de la Commission selon laquelle [TRADUCTION] «le demandeur ne s'est pas opposé à la lutte contre ses compatriotes, les Kurdes,

¹ C'est seulement dans son formulaire de renseignements personnels que l'appelant a déclaré carrément qu'il [TRADUCTION] «ne voulait pas participer à cette guerre civile» (dossier d'appel, à la p. 40), et cela semble avoir été simplement une réserve mentale dont il n'a fait part à personne. Dans son témoignage, il a déclaré qu'il s'était retourné contre le gouvernement iranien seulement dans la dernière semaine de sa formation de travailleur paramédical lorsqu'il avait appris l'usage d'armes chimiques (dossier d'appel, à la p. 20).

However, the Board's subsequent factual finding that "evidence also indicated that both the Iranian and Kurdish military might resort to the use of chemical warfare" is to my mind insupportable on the record. The only evidence the Board referred to was what the claimant was told during his training by his supervisors. What he learned may clearly be taken as evidence of the intention of the Iranians to use such weapons, but can be no more than self-serving speculation about the intentions of the Kurds. Moreover, although the Board makes this one of its four reasons for finding the appellant's specific objection to participating in the war to be neither "reasonable" nor "valid", it seems to me to be irrelevant, since Kurdish use could not in any event justify Iranian use.

In my opinion, the Board was also in error in its analysis of the appellant's prospective degree of participation. In the Board's view, the appellant, as a paramedic, would not be a combatant at all, but perform merely a Florence Nightingale role of "helping his brothers on both sides of the camp."

However, the Board's own analysis of the evidence showed that "in the event that chemical warfare was engaged, not even friendly forces were immune." In other words, the Revolutionary Guards wanted the medical capacity to treat Iranian soldiers inadvertently caught in chemical clouds by changing winds. The Board's analysis also revealed that "the Iranian military also needed to extract information from the Kurdish prisoners of war [affected by the chemicals], implying that the claimant must also treat the injured Kurdish people" so as to enable them to be questioned. Both of these roles contemplated for the appellant by his military superiors would be of material assistance to the Iranian military in assaults using chemical weapons. Accordingly, a reasonable person in the appellant's place would not be able to wash his hands of guilt as the Board so facilely pro-

mais il se serait opposé particulièrement au recours possible à la guerre chimique contre ces gens.»

Toutefois, la conclusion de fait ultérieure par la Commission selon laquelle «il ressort également de la preuve que tant l'armée iranienne que l'armée kurde pouvaient recourir à la guerre chimique» ne saurait, à mon avis, être étayée par le dossier. Le seul élément de preuve dont la Commission a fait mention résidait dans les propos des surveillants du demandeur au cours de sa formation. Ce qu'il a appris peut être, à l'évidence, interprété comme étant la preuve de l'intention des Iraniens d'utiliser ces armes chimiques, mais constitue tout au plus une hypothèse intéressée sur les intentions des Kurdes. De plus, bien que ce motif soit l'un des quatre motifs invoqués par la Commission pour conclure que l'opposition particulière de l'appelant à la participation à la guerre n'était ni [TRADUCTION] «raisonnable» ni «valable», il n'est pas pertinent à mon avis, puisque l'utilisation kurde ne pouvait en aucun cas justifier l'utilisation iranienne.

À mon avis, la Commission a également commis un erreur dans son analyse du degré de participation éventuel de l'appelant. Selon la Commission, l'appelant, en tant que travailleur paramédical, ne serait pas du tout un combattant, mais jouerait simplement le rôle de Florence Nightingale qui consistait à [TRADUCTION] «aider ses frères des deux côtés du camp».

Toutefois, il ressort de la propre analyse de la preuve par la Commission que [TRADUCTION] «dans l'éventualité de cette guerre chimique, même les forces amies n'en étaient pas à l'abri». Autrement dit, les gardiens de la révolution désiraient avoir les moyens médicaux de traiter les soldats iraniens pris par inadvertance dans des nuages chimiques poussés par des vents changeants. Il ressort également de l'analyse de la Commission que [TRADUCTION] «l'armée iranienne avait aussi besoin d'arracher des renseignements à des prisonniers de guerre kurdes [touchés par les produits chimiques], laissant entendre qu'il devait également traiter les blessés kurdes», de manière à les mettre en état d'être interrogés. Ces deux rôles prévus pour l'appelant par ses supérieurs militaires aideraient considérablement l'armée iranienne dans des assauts lancés à l'aide d'armes chi-

posed.² Indeed, it is open to question whether participation even as a paramedic in such an operation, if chemical weapons were actually used, might not have led to the appellant's exclusion from Convention refugee status for having committed "a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity," as analyzed in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.). Since no such scenario occurred, it is unnecessary to pursue such an inquiry here, but the very question serves to indicate that the Board took an unreasonable approach in holding that the appellant's degree of participation was insufficient reasonably to raise any issue of conscience.

miques. En conséquence, une personne raisonnable se trouvant à la place de l'appelant ne pourrait se laver les mains de toute culpabilité comme la Commission l'a si complaisamment proposé². En fait, on peut se demander si la participation à titre de travailleur paramédical dans une telle opération, en supposant que des armes chimiques aient été réellement utilisées, n'aurait pu rendre l'appelant inadmissible au statut de réfugié au sens de la Convention pour avoir commis «un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité», situation analysée dans l'affaire *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.). Rien de cela ne s'étant produit, il est inutile de poursuivre un tel examen en l'espèce, mais la question même sert à indiquer que la Commission a adopté une approche déraisonnable en décidant que le degré de participation de l'appelant ne suffisait pas raisonnablement à soulever une question de conscience.

II

At this point it becomes necessary to turn to the law, the leading authority on which has been *Musial*.

The claimant's factual hypothesis in *Musial* was the rather far-fetched one that, if he served with the Polish Army, he would likely be sent to fight in the Soviet invasion of Afghanistan, since Poland was associated with the USSR in the Warsaw Pact.

The reasons for decision of Pratte J.A. are instructive as to both the facts and the law (at pages 293-294):

The applicant comes from Poland. He does not want to return there because, if he did, he would be called up for military service and, in all likelihood, would desert from fear of

À ce stade, il devient utile d'aborder le droit. À ce sujet, l'affaire *Musial* constitue un arrêt de principe.

Dans l'affaire *Musial*, le demandeur avait avancé l'hypothèse quelque peu forcée selon laquelle, s'il servait dans l'armée polonaise, il aurait probablement à participer à l'invasion soviétique de l'Afghanistan, la Pologne étant associée avec l'URSS aux termes du Pacte de Varsovie.

Les motifs de décision du juge Pratte J.C.A. sont instructifs tant au point de vue des faits qu'au point de vue du droit (aux pages 293 et 294):

Le requérant, originaire de Pologne, ne veut pas y retourner, par crainte d'y être incorporé dans l'armée et, selon toute vraisemblance, il déserterait par crainte d'avoir à servir en Afgha-

² The U.N. Report by Eide & Mubanga-Chipoya, *Conscientious Objection to Military Service*, E/CN. 4/Sub. 2/1983/30/Rev. 1, para. 107, states:

In some cases, the objector may be willing to perform non-combat roles in the armed forces, if his objection is purely personal and does not include objection to the use of force by others. But when the objection is based on the conviction that the use of armed force is immoral, or that the particular use of armed force in which the country concerned is engaged is immoral, then non-combat roles will not be acceptable.

² Le rapport des N.U. par Eide & Mubanga-Chipoya, *L'objection de conscience au service militaire*, E/CN. 4/Sub. 2/1983/30/Rev. 1, para. 107, dit:

Dans certains cas, l'objecteur peut être disposé à être affecté à des unités non combattantes dans les forces armées, si son objection est d'un caractère purement personnel et s'il n'est pas opposé à l'utilisation de la force par autrui. Mais lorsque son objection s'appuie sur la conviction que l'utilisation de la force armée est immorale, il n'accepte pas l'affectation à des unités non-combattantes.

having to serve in Afghanistan, which would be against his political views. He would then face, like all his compatriots who fail to perform their military obligations, the risk of prosecution and punishment for evasion of military service.

Counsel for the applicant made only one serious attack against the decision of the Board. He said that the Board erred in law in assuming that the applicant's fear of prosecution and punishment for evasion of military service was not a fear of persecution which could make him a Convention refugee within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration Act, 1976*. This assumption, says counsel, is ill-founded because, in his view, the punishment of a person having evaded military service must be considered as persecution for political opinions in all cases where the refusal to perform military duties is motivated by political opinions. In support of that contention, he invoked decisions of European tribunals adopting what he called a "liberal interpretation" of the definition of the word "refugee" in the International Convention.

That argument must, in my view, be rejected. The "liberal interpretation" of the definition of the word "refugee" appears to me to be incompatible with the requirement of that definition that a refugee have "a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion". A person who is punished for having violated an ordinary law of general application, is punished for the offence he has committed, not for the political opinions that may have induced him to commit it. In my opinion, therefore, the Board was right in assuming that a person who has violated the laws of his country of origin by evading ordinary military service, and who merely fears prosecution and punishment for that offence in accordance with those laws, cannot be said to fear persecution for his political opinions even if he was prompted to commit that offence by his political beliefs.

This decision has, I think, often been taken by the Board to establish the proposition that, where a government is merely enforcing "an ordinary law of general application", it cannot be guilty of persecution but is merely engaging in prosecution. With respect, I believe that to be only a half-proposition, and in any event one not asserted by Pratte J.A. Since any given ordinary law of general application in a dictatorial or totalitarian state may well be an act of political oppression, I believe it is self-evident that such an absolute proposition of prosecution, not persecution, could not be supported in relation to the majority of countries from which refugee cases arise.

The essence of the reasoning of Pratte J.A. in *Musial*, as it appears to me, is rather that the mental

nistan, à l'encontre de ses opinions politiques, et risquerait poursuites et condamnation, comme tout déserteur en Pologne.

L'avocat du requérant n'avance qu'un argument sérieux contre la décision de la Commission. Il soutient qu'elle a commis une erreur de droit en présumant que la crainte, de la part du requérant, des poursuites judiciaires et des pénalités pour insoumission n'était pas la crainte des persécutions, qui en ferait un réfugié au sens de la Convention conformément au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Cet avocat soutient que cette présomption n'est pas fondée car, à son avis, il faut assimiler à la persécution pour opinions politiques toute punition infligée à une personne qui s'est soustraite au service militaire, dans tous les cas où l'insoumission est motivée par les opinions politiques. À l'appui, il a cité des décisions européennes où le terme «réfugié» de la Convention internationale a reçu une [TRADUCTION] «interprétation libérale».

À mon avis, il faut rejeter cet argument. Une «interprétation libérale» de la définition du mot «réfugié» va à l'encontre de la condition voulant qu'il s'agisse d'une personne «craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques». Si une personne est punie pour avoir violé une loi ordinaire d'application générale, c'est en raison de l'infraction commise, non pour les opinions politiques qui auraient pu l'inciter à commettre cette infraction. J'estime en conséquence que la Commission a conclu à bon droit qu'on ne pouvait dire qu'une personne, qui a violé la loi de son pays d'origine pour s'être soustraite au service militaire, et qui craint seulement les poursuites judiciaires et les sanctions à la suite de cette infraction à la loi, craint d'être persécutée pour ses opinions politiques quand bien même elle aurait pu être poussée à commettre cette infraction par ses croyances politiques.

Cette décision a, je crois, souvent été interprétée par la Commission comme établissant l'idée que, lorsqu'un gouvernement applique simplement «une loi ordinaire d'application générale», on ne saurait dire qu'il est coupable de persécution, mais qu'il exerce simplement des poursuites. Avec égards, j'estime qu'il s'agit là seulement d'une demi-proposition, que le juge Pratte, J.C.A., n'a d'ailleurs jamais exposée. Puisqu'une loi ordinaire quelconque d'application générale peut très bien constituer un acte d'oppression politique dans un pays dictatorial ou totalitaire, j'estime évident qu'une telle notion absolue de poursuite, et non de persécution, ne saurait valoir pour la majorité des pays à l'origine des affaires de réfugiés.

À mon avis, l'essence du raisonnement adopté par le juge Pratte, J.C.A., dans l'affaire *Musial* réside

element which is decisive for the existence of persecution is that of the government, not that of the refugee. In the statutory definition of a Convention refugee as a person who “by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion”, the key words in this context are “persecution for”, which have reference to the state of mind of the active party, the persecutor, rather than to that of the “persecuted.” Probably all fanatic assassins in the world today have as their motivation political, religious, racial, nationalistic or group reasons, but they cannot be refugees if the action which is taken against them by a government is not itself for similar reasons. Accordingly, this Court has held that a claimant has a well-founded fear of persecution if, however unreasonably, his act appears to his government to be an expression of political opinion on his part: *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.); *Hilo v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 130 N.R. 236 (F.C.A.).

Of course, the statutory definition of Convention refugee also speaks of “fear”, and this Court has also held that, to qualify as a refugee, there must be subjective fear on the part of a refugee claimant. Such a subjective element may make all of a claimant’s motives relevant, in that context, but it cannot make them determinative as to the existence of persecution.

It is worth noting that in the final paragraph of his reasons set out *supra*, Pratte J.A. was responding to the sweeping assertion that punishment for evading military service must be considered as persecution for political opinions in all cases where the refusal to perform military duties is motivated by political opinion. To such an extreme argument there can be only one answer, that a claimant’s political motivation cannot alone govern any decision as to refugee status. In my opinion, that was the only issue decided, and the majority decision in *Musial* does not

plutôt dans le fait que l’état d’esprit qui détermine l’existence de la persécution est celui du gouvernement et non celui du réfugié. Dans la définition légale de réfugié au sens de la Convention comme une personne «craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques», les mots clés dans ce contexte sont «persécutée du fait de», expression qui se rapporte à l’état d’esprit de la partie active, le persécuteur, plutôt qu’à celui du «persécuté». Tous les assassins fanatiques du monde d’aujourd’hui invoquent probablement, pour motiver leurs actes, des motifs politiques, religieux, raciaux, nationalistes ou de groupe, mais on ne peut dire qu’ils sont des réfugiés si la mesure qu’un gouvernement prend contre eux n’est pas elle-même inspirée par des motifs semblables. En conséquence, cette Cour a statué qu’un demandeur craint avec raison d’être persécuté si, quoique déraisonnablement, son acte semble, à son gouvernement, être l’expression d’une opinion politique de sa part: *Astudillo c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.); *Hilo c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1991), 130 N.R. 236 (C.A.F.).

Bien entendu, la définition légale de réfugié au sens de la Convention parle également de crainte («craignant»), et cette Cour a également décidé que, pour être admissible au statut de réfugié, le demandeur de statut doit éprouver une crainte subjective. Un tel élément subjectif peut rendre pertinents tous les motifs du demandeur, dans ce contexte, mais il ne saurait faire la preuve de l’existence d’une persécution.

Il convient de noter que, au dernier paragraphe de ses motifs exposés ci-dessus, le juge Pratte, J.C.A., répondait à l’affirmation générale selon laquelle il faut assimiler à la persécution pour opinions politiques toute punition infligée aux réfractaires, dans tous les cas où leur refus d’être recruté est motivé par leurs opinions politiques. À un argument aussi outré, on peut seulement répondre que la motivation politique d’un demandeur ne peut à elle seule régir la décision sur son statut de réfugié. À mon avis, c’était la seule question tranchée, et la décision majoritaire

establish any general proposition as to an ordinary law of general application.

Thurlow C.J. (concurring), however, perhaps pointed the way to a fuller development of the law (at pages 292-293):

While there may be sympathy for the applicant's attitude and for his plight, I do not think the case is one of the Board having failed to consider the applicant's motives or of its having ruled that such motives were not relevant. While the Board's reasons, which were dated some three weeks after the decision was pronounced, are perhaps ineptly expressed and give the impression that in the Board's view army deserters and conscientious objectors do not fall within the definition, I do not read the reasons as meaning anything more than that army deserters and conscientious objectors are not as such within the definition. That is, as I see it, far from saying that because a person is an army deserter or a conscientious objector he cannot be a Convention refugee and I do not think the Board has made any such ruling. What the Board appears to me to have done is to point out that army deserters and conscientious objectors are not dealt with as such by the definition and then to go on to consider the applicant's case on its merits, including the applicant's motives, and to conclude that in the case before it, the applicant's objection to serving in Afghanistan, if called upon to do so, was not sufficient to differentiate his case from the case of any other draft evader and thus to form its opinion that there were not reasonable grounds to believe that the applicant's claim for Convention refugee status could be established.

In the view of the then Chief Justice, conscientious objectors or army deserters are no more automatically excluded from being Convention refugees than they are necessarily included.

Recent decisions of this Court carry us further. In *Padilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.), where the Board found that the claimant had deserted from the El Salvadoran army by reason of conscientious objection, but nevertheless held (presumably because of the existence of an ordinary law of general application) that his fear was of prosecution rather than persecution, the Court reversed, because the Board had taken a foreshortened view, in terms of the letter of the law. In *Cheung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.), where the Board held against the existence of a well-founded fear of forced sterilization under China's one-child policy, because that policy amounted

rendue dans l'affaire *Musial* n'établit pas une proposition générale quant à une loi ordinaire d'application générale.

Toutefois, le juge en chef Thurlow (motifs concourants), a peut-être indiqué le chemin menant à une évolution plus grande du droit (aux pages 292 et 293):

Bien que compatissant à l'attitude et à la situation fâcheuse du requérant, il m'est impossible de conclure que la Commission n'a pas pris en considération les motifs du requérant ou qu'elle a décidé que ces motifs n'étaient pas pertinents. Peut-être les motifs de la Commission, publiés quelque trois semaines après le prononcé de sa décision, sont-ils mal formulés et donnent-ils l'impression qu'à ses yeux, déserteurs et objecteurs de conscience ne sont pas visés par cette définition, mais à mon avis, ces motifs signifient tout au plus que déserteurs et objecteurs de conscience ne sont pas, à ce titre, visés par la définition. Ce qui, à mon avis, ne revient pas du tout à dire que le seul fait d'être déserteur ou objecteur de conscience vous prive du droit d'être un réfugié au sens de la Convention, et je ne pense pas que la Commission soit parvenue à pareille conclusion. Tout ce qu'elle a fait, c'était de souligner que la définition ne prévoyait pas le cas des déserteurs et des objecteurs de conscience comme tels, pour instruire ensuite au fond la demande du requérant, dont ses motifs, et pour conclure qu'en l'espèce, le refus éventuel du requérant de servir en Afghanistan ne suffisait pas pour le distinguer d'autres insoumis, et qu'en conséquence, il n'y aurait pas lieu de croire que la revendication, faite par le requérant, du statut de réfugié au sens de la Convention pourrait être établie.

Du point de vue du juge en chef à l'époque, les objecteurs de conscience ou les déserteurs ne sont pas plus automatiquement inadmissibles au statut réfugié qu'ils y sont nécessairement admissibles.

Des décisions récentes de cette Cour nous amènent plus loin. Dans l'affaire *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.), la Commission avait décidé que le demandeur avait déserté l'armée du Salvador en raison d'une objection de conscience, tout en concluant néanmoins (probablement en raison de l'existence d'une loi ordinaire d'application générale) que sa crainte était une crainte de poursuite plutôt que de persécution; la Cour a annulé cette décision parce que celle-ci avait adopté une vue condensée, pour ce qui est de la lettre de la loi. Dans l'affaire *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.), où la Commission avait conclu à l'absence d'une crainte fondée de stérilisa-

to a law of general application whose clear objective was not persecution but general population control, this Court again refused to accept that the mere invocation of an ordinary law of general application negated the possibility of persecution by the government.

After this review of the law, I now venture to set forth some general propositions relating to the status of an ordinary law of general application in determining the question of persecution:

(1) The statutory definition of Convention refugee makes the intent (or any principal effect) of an ordinary law of general application, rather than the motivation of the claimant, relevant to the existence of persecution.

(2) But the neutrality of an ordinary law of general application, *vis-à-vis* the five grounds for refugee status, must be judged objectively by Canadian tribunals and courts when required.

(3) In such consideration, an ordinary law of general application, even in non-democratic societies, should, I believe, be given a presumption of validity and neutrality, and the onus should be on a claimant, as is generally the case in refugee cases, to show that the laws are either inherently or for some other reason persecutory.

(4) It will not be enough for the claimant to show that a particular regime is generally oppressive but rather that the law in question is persecutory in relation to a Convention ground.

III

In the case at bar the ordinary law of general application is the Iranian law of military conscription. It is this law that the appellant must impeach, in the con-

tion forcée en application de la politique chinoise de l'enfant unique, parce cette politique équivalait à une loi d'application générale dont l'objectif était, non pas la persécution, mais le contrôle général de la population, cette Cour a encore une fois refusé d'accepter que le simple recours à une loi ordinaire d'application générale écartait la possibilité de persécution par le gouvernement.

b Après cet examen du droit, je m'aventure maintenant à exposer quelques propositions générales relatives au statut d'une loi ordinaire d'application générale lorsqu'il s'agit de trancher la question de la persécution:

a 1) La définition légale de réfugié au sens de la Convention rend l'objet (ou tout effet principal) d'une loi ordinaire d'application générale, plutôt que la motivation du demandeur, applicable à l'existence d'une persécution.

e 2) Mais la neutralité d'une loi ordinaire d'application générale, à l'égard des cinq motifs d'obtention du statut de réfugié, doit être jugée objectivement par les cours et les tribunaux canadiens lorsque cela est nécessaire.

f 3) Dans cet examen, une loi ordinaire d'application générale, même dans des sociétés non démocratiques, devrait, je crois, être présumée valide et neutre, et le demandeur devrait être tenu, comme c'est généralement cas dans les affaires de réfugiés, de montrer que les lois revêtent, ou bien en soi ou pour une autre raison, un caractère de persécution.

h 4) Il ne suffira pas au demandeur de montrer qu'un régime donné est généralement tyrannique. Il devra plutôt prouver que la loi en question a un caractère de persécution par rapport à un motif énoncé dans la Convention.

i

III

j En l'espèce, la loi ordinaire d'application générale est la loi iranienne portant sur la conscription militaire. C'est la loi que l'appelant doit contester, dans les cir-

crete circumstances, on the basis of the Convention ground of political opinion.

In the view I take of the case, no issue is raised as to conscientious objection in relation to war in general, since the appellant had no objection to serving in an active capacity in the Iranian military in the Iran/Iraq War.³ Moreover, I have already accepted the Board's finding that the appellant had no conscientious objection to military service against the Kurds.

The issue as to conscientious objection relates solely to participation in chemical warfare. This was the specific objective which the Board did not find "to be either reasonable or valid," essentially for the reason that, as a paramedic, he would not be fighting with chemical weapons but merely acting in a humanitarian capacity.

I have already indicated that I find the Board's reasoning untenable, because the distinction it drew between participation and non-participation in military activity is unrealistic and even naive, in the context of the horrendous nature of chemical weapons, which by their nature make no distinction between combatant and non-combatant, or sometimes even between attacker and defender, all being potential victims.

We were not provided with any detailed information as to the chemical composition or the precise effects of the chemical weapons in question. The most vivid descriptions were those of the appellant (at pages 14-15):

I had witnessed the result, the atrocities, the killings caused by chemicals in Iran/Iraq War. It—it causes a lot of death every time you use it, especially a cyanide chemical bombs—bombs.

And again (at page 24):

³ The appellant presented considerable evidence that the right to conscientious objection is an emerging part of international human rights law, particularly of the recognition by the United Nations Commission of Human Rights of the right of individuals to object to military service for reasons of conscience, but in my opinion this issue is not raised by this record.

constances concrètes, en invoquant ses opinions politiques, c'est-à-dire un motif énoncé dans la Convention.

Selon mon point de vue sur l'affaire, l'objection de conscience à la guerre en général ne soulève aucune question, puisque l'appellant ne s'opposait nullement au service actif dans l'armée iranienne lors de la guerre Iran-Irak³. De plus, j'ai déjà accepté la conclusion de la Commission selon laquelle l'appellant ne formulait pas d'objection de conscience au service militaire contre les Kurdes.

La question de l'objection de conscience se rapporte uniquement à la participation à la guerre chimique. C'est l'objectif particulier que la Commission n'a pas trouvé [TRADUCTION] «raisonnable ni valable», essentiellement pour le motif que, en tant que travailleur paramédical, l'appellant ne combattrait pas avec des armes chimiques, mais qu'il jouerait simplement un rôle d'ordre humanitaire.

J'ai déjà fait savoir que je trouve le raisonnement de la Commission insoutenable, parce que la distinction qu'elle a faite entre la participation et la non-participation à une activité militaire est peu réaliste et même naïve, étant donné la nature affreuse des armes chimiques, qui, de par leur nature, ne font aucune distinction entre combattants et non-combattants, ni parfois entre attaquants et défenseurs, tous étant des victimes éventuelles.

On ne nous a pas donné de renseignements détaillés sur la composition chimique ni sur les effets précis des armes chimiques en question. Les descriptions les plus frappantes étaient celles de l'appellant (aux pages 14 et 15):

[TRADUCTION] J'avais été témoin des conséquences, des atrocités, des tueries causées par des produits chimiques dans la guerre Iran-Irak. Ils causent beaucoup de morts chaque fois qu'on s'en sert, surtout lorsqu'il s'agit de bombes chimiques à base de cyanure.

Et de nouveau (à la page 24):

³ L'appellant a produit beaucoup d'éléments de preuve selon lesquels le droit à l'objection de conscience est une partie naissante du droit international des droits de l'homme, particulièrement de la reconnaissance par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies du droit des individus de s'opposer au service militaire pour des motifs de conscience, mais j'estime que cette question n'est pas soulevée par ce dossier.

As far as I know, during the two years I was in the war—in the war, our regiment, or our division never used chemicals, but I saw that the Iraqis did, and they threw chemical bombs toward us. And within the division, we lost about 1200 to 1300 soldiers to chemical weapons.

The most devastating chemical weapon I think is the cyanide. When they use this one, cyanide, you don't even have enough time to grab your mask and put it on.

The appellant adduced considerable documentation as to the attitude of the world community towards certain excessive means of warfare. Reference was made to the Hague Conventions of 1899 and 1907, and the various Geneva Conventions, including the Geneva Convention of 1949 and the additional protocols to the Geneva Conventions adopted in 1977, which prohibit non-discrimination between civilian and military targets and prohibit the use of asphyxiating, poisonous or other gases.⁴

On the basis of the evidence in the record, it is impossible to say with scientific certainty that the gases in question in the case at bar would be included in these Convention definitions, though they would certainly appear to be. I believe that all that is necessary to dispose of the instant case, however, is evidence of the total revulsion of the international community to all forms of chemical warfare, as revealed by the *Convention on the Prohibition of the Development, Protection and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction*, for which both Canada and Iran voted on December 16, 1971 [GA Res. 2826 (XXVI)]. Article IX commits the State Parties to a similar agreement with respect to chemical weapons, as follows:

Each State Party to this Convention affirms the recognized objective of effective prohibition of chemical weapons and, to this end, undertakes to continue negotiations in good faith with a view to reaching early agreement on effective measures for the prohibition of their development, production and stockpiling and for their destruction, and on appropriate measures concerning equipment and means of delivery specifically designed for the production or use of chemical agents for weapons purposes.

⁴ These are summarized in the Eide Report, *supra*, fn. 2, at para. 48.

[TRADUCTION] Autant que je sache, pendant les deux années que j'ai passées dans la guerre—dans la guerre, notre régiment, ou notre division n'a jamais utilisé de produits chimiques, mais j'ai vu que les Irakiens l'avaient fait et qu'ils avaient lancé des bombes chimiques sur nous. Et au sein de la division, nous avons perdu entre 1 200 et 1 300 soldats à cause des armes chimiques.

Je crois que l'arme chimique la plus dévastatrice est le cyanure. Lorsqu'on s'en sert, vous n'avez même pas le temps de saisir votre masque pour le porter.

L'appelant a présenté une importante documentation sur l'attitude de la communauté internationale envers certains moyens excessifs de faire la guerre. On a fait état des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 et des diverses Conventions de Genève, dont les Conventions de Genève de 1949 et les protocoles additionnels aux Conventions de Genève adoptés en 1977, qui interdisent le bombardement sans distinction des objectifs civils et militaires, le recours à des gaz toxiques asphyxiants ou autres⁴.

Compte tenu des éléments de preuve versés au dossier, il est impossible de dire avec une certitude scientifique que les gaz en question en l'espèce seraient visés dans ces définitions de la Convention, bien qu'ils sembleraient certainement l'être. J'estime que, pour trancher l'espèce, il suffit de faire état de la preuve de la répugnance totale de la communauté internationale à l'égard de toutes les formes de guerre chimique, comme le révèle la *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction*, pour laquelle tant le Canada que l'Iran ont voté le 16 décembre 1971 [Rés. AG 2826 (XXVI)]. L'article IX renvoie les États parties à une entente semblable relativement aux armes chimiques:

Chaque État partie à la présente Convention affirme l'objectif reconnu d'une interdiction efficace des armes chimiques et, à cet effet, s'engage à poursuivre, dans un esprit de bonne volonté, des négociations afin de parvenir, à une date rapprochée, à un accord sur des mesures efficaces en vue d'une interdiction de leur mise au point, de leur fabrication et de leur stockage et en vue de leur destruction, et sur des mesures appropriées concernant l'équipement et les vecteurs spécialement destinés à la fabrication ou à l'emploi d'agents chimiques à des fins d'armement.

⁴ Le Rapport Eide, précité, renvoi 2, au para. 48, en a donné le résumé.

This and other international undertakings cited by the appellant, along with the fact that the use of chemical weapons in the Iran/Iraq War has been perhaps their only use in international warfare in the past 75 years, leads me to the conclusion that the use of chemical weapons should now be considered to be against international customary law.

The UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva, 1988, paragraph 171, states:

Where . . . the type of military action, with which an individual does not wish to be associated, is condemned by the international legal community as contrary to basic rules of human conduct, punishment for desertion or draft-evasion could . . . in itself be regarded as persecution.

In my view, that is precisely the situation in the case at bar. The probable use of chemical weapons, which the Board accepts as a fact, is clearly judged by the international community to be contrary to basic rules of human conduct, and consequently the ordinary Iranian conscription law of general application, as applied to a conflict in which Iran intended to use chemical weapons, amounts to persecution for political opinion.

In *Abarca v. The Minister of Employment and Immigration*, W-86-4030-W, decided March 21, 1986 [not reported], the Board determined a conscientious objector from El Salvador to be a Convention refugee on the basis of political opinion where it found he would probably be forced to participate in violent acts of persecution against non-combatant civilians, which is contrary to recognized basic international principle of human rights. The Board came to a similar conclusion in *Cruz v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 10 Imm. L.R.. (2d) 47 (I.A.B.), involving a deserter from the Mexican army.

In the case at bar, the Board erred in failing to find that the appellant's specific objection was either reasonable or valid. If truly felt, it was both. It was also a political act, since as Professor Goodwin-Gill states in *The Refugee in International Law* (1983), at page 34:

Cet engagement international et d'autres cités par l'appelant, ainsi que le fait que l'usage d'armes chimiques dans la guerre Iran-Irak a été peut-être leur seule utilisation dans une guerre internationale au cours des 75 dernières années, m'amènent à conclure que l'usage d'armes chimiques devrait maintenant être considéré comme allant à l'encontre du droit coutumier international.

Le paragraphe 171 du *Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du HCNUR, Genève, 1979, porte:

. . . lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires, la peine prévue pour la désertion ou l'insoumission peut . . . être considérée en soi comme une persécution.

J'estime qu'il s'agit précisément là de la situation en l'espèce. L'usage probable d'armes chimiques, que la Commission accepte comme un fait, est clairement jugé par la communauté internationale comme contraire aux règles de conduite les plus élémentaires et, en conséquence, la loi iranienne sur la conscription ayant une application générale, appliquée à un conflit dans lequel l'Iran avait l'intention de faire usage d'armes chimiques, équivaut à de la persécution pour des opinions politiques.

Dans l'affaire *Abarca c. Le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, W-86-4030-W, jugée le 21 mars 1986 [inédit], la Commission a décidé qu'un objeteur de conscience salvadorien était un réfugié au sens de la Convention à cause de ses opinions politiques lorsqu'elle a conclu qu'il serait probablement forcé de participer à des actes violents de persécution contre des civils non-combattants, ce qui va à l'encontre des principes internationaux fondamentaux en matière de droits de l'homme. La Commission est parvenue à la même conclusion dans l'affaire *Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (C.A.I.), à propos d'un déserteur qui a quitté l'armée mexicaine.

En l'espèce, la Commission a eu tort de ne pas conclure que l'objection particulière de l'appelant était ou bien raisonnable ou valable. Si cette objection était vraiment sincère, elle était à la fois raisonnable et valable. Il s'agissait également d'un acte politique, comme le professeur Goodwin-Gill le dit

Military service and objection thereto, seen from the point of view of the state, are issues which go to the heart of the body politic. Refusal to bear arms, however motivated, reflects an essentially political opinion regarding the permissible limits of state authority, it is a political act.

There can be no doubt that the appellant's refusal to participate in the military action against the Kurds would be treated by the Iranian government as the expression of an unacceptable political opinion.

In the circumstances, there is no need to consider the other arguments raised by the appellant, though I would remark, with respect to his allegation that Iran was guilty of the ultimate crime of genocide by its actions against the Kurds, that I find no evidence at all in the record as to genocide. Even the use of chemical warfare in a battlefield situation, repugnant as it is to the civilized conscience, does not of itself reasonably give rise to an accusation of genocide.

IV

In the result, the appeal must be allowed, the Board's decision of March 21, 1991, set aside, and the matter returned to a differently constituted panel for reconsideration not inconsistent with these reasons for decision.

HUGESSEN J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

dans *The Refugee In International Law* (1983), à la page 34:

[TRANSLATION] Le service militaire et l'opposition à ce dernier, vus du point de vue de l'État, sont des questions qui touchent directement la nation. Le refus de porter les armes, bien que motivé, reflète une opinion essentiellement politique concernant les limites acceptables de l'autorité gouvernementale: il s'agit d'un acte politique.

Il ne fait pas de doute que le refus de l'appelant de participer à l'action militaire contre les Kurdes serait considéré par le gouvernement iranien comme l'expression d'une opinion politique inacceptable.

Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres arguments soulevés par l'appelant; cependant, comme il a allégué que l'Iran était coupable du crime abominable de génocide par ses actes contre les Kurdes, je ferai remarquer que je ne trouve dans le dossier aucune preuve de génocide. Même le recours à la guerre chimique dans un champ de bataille, répugnant comme il est à la conscience civilisée, ne donne pas, de par lui-même, raisonnablement lieu à une accusation de génocide.

IV

Par ces motifs, l'appel doit être accueilli, la décision de la Commission en date du 21 mars 1991 doit être annulée, et l'affaire renvoyée à une autre formation pour qu'elle procède à un nouvel examen d'une manière conforme aux présents motifs de décision.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

T-1095-93

T-1095-93

Don Puccini (*Applicant*)**Don Puccini** (*requérant*)

v.

c.

Dan Fenety, Director General, Corporate Administrative Services, Agriculture Canada (*Respondent*)**Dan Fenety, directeur général, Services de l'administration corporative, Agriculture Canada** (*intimé*)*INDEXED AS: PUCCINI v. CANADA (DIRECTOR GENERAL, CORPORATE ADMINISTRATIVE SERVICES, AGRICULTURE CANADA) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: PUCCINI c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL, SERVICES DE L'ADMINISTRATION CORPORATIVE, AGRICULTURE CANADA) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, June 1 and 21, 1993.

c Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 1 et 21 juin 1993.

Public Service — Workplace harassment complaint against applicant — Applicant reassigned and relocated during investigation — Interim relief sought pending final disposition of application for judicial review: to be returned to normal workplace; to prohibit further steps in matter under judicial review; to obtain material relating to matter — Consequences of laying harassment complaint — Circumstances dictating separation of complainant, supervisor — No irreparable harm in not now returning applicant to former workplace as harm already done — As to balance of convenience, interests of complainant, public to be considered — Granting stay would have chilling effect on harassment complaints throughout Public Service.

Fonction publique — Plainte de harcèlement en milieu de travail contre le requérant — Affectation et transfert du requérant à un autre poste pendant l'enquête — En attendant l'issue du recours en contrôle judiciaire, le requérant conclut à ordonnance provisoire enjoignant à l'intimé de le réaffecter à son lieu de travail antérieur, de s'abstenir de toute autre mesure relative à la matière faisant l'objet de ce recours, et de lui communiquer certains documents y relatifs — Conséquences d'une plainte de harcèlement — Les circonstances nécessitent l'éloignement de la plaignante et de son supérieur — Le défaut de réaffecter maintenant le requérant à son lieu de travail antérieur ne causera pas un préjudice irréparable puisque le mal est déjà fait — Pour ce qui est de la balance des inconvénients, il faut tenir compte aussi des intérêts de la plaignante et de l'intérêt général — Une ordonnance provisoire produirait l'effet d'une douche froide sur les plaintes de harcèlement au sein de la fonction publique.

Judicial review — Equitable remedies — Injunctions — Public Service boss reassigned whilst subordinate's harassment complaint under investigation — Seeking injunction restraining process pending judicial review — Also seeking return to usual workplace, release of information regarding complaint — Counsel in agreement relevant test that in Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd. — Judge, dubitante, forming reasons on that basis — Serious question to be tried as harassment complaint serious matter, applicant alleging process here used, Treasury Board policy not respecting duty to act fairly — Failure to now reinstate applicant not causing irreparable harm as any harm already done — Public interest, convenience of complainant to be considered in assessing balance of convenience.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Injonctions — Affectation du supérieur hiérarchique à un autre poste durant l'enquête sur la plainte de harcèlement formulée par une subordonnée — Le requérant conclut à injonction contre le processus en attendant l'issue du recours en contrôle judiciaire — Il demande également sa réaffectation au lieu de travail antérieur et la communication de renseignements relatifs à la plainte — Les avocats des deux parties conviennent de l'applicabilité du critère défini dans l'arrêt Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd. — Le juge, dubitatif, prononce ses motifs à la lumière de ce critère — Question sérieuse à trancher parce qu'une plainte de harcèlement est une affaire sérieuse, le requérant soutenant que la procédure observée par l'intimé et la politique du Conseil du Trésor vont à l'encontre de l'obligation d'équité — Le défaut de réaffecter maintenant le requérant ne causera pas un préjudice irréparable puisque le mal est déjà fait — Pour ce qui est de la balance des inconvénients, il faut tenir compte aussi de l'intérêt général et des inconvénients dont pourrait souffrir la plaignante.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Respondent Director General federal board, commission or tribunal within meaning of Federal Court Act, s. 2 — Matter subject to judi-

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le directeur général intimé est un office fédéral au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — La question

cial review though more in nature of continuing process than specific decision or order.

A formal complaint of workplace harassment (abuse of authority) was filed by an employee against the applicant, Director of Emergency Management, Agriculture Canada. Since the applicant was the complainant's supervisor, the applicant's superior applied the Treasury Board policy of physically and hierarchically removing the two parties from one another by reassigning and relocating the applicant for the period of the investigation.

The applicant initiated judicial review proceedings attacking parts of the policy concerning workplace harassment. This was a motion for an interim order under section 18.2 of the *Federal Court Act*, pending the final disposition of the application for judicial review, seeking: (1) to return the applicant to his normal workplace to carry out his usual duties; (2) to prohibit the taking of any further steps in respect of the matter under judicial review; (3) to provide to the applicant certain material detailed in the originating notice of motion and relating to the matter under judicial review.

Held, the motion should be dismissed.

The Federal Court had jurisdiction to hear this matter. The respondent was a federal board, commission or other tribunal within the meaning of section 2 of the *Federal Court Act*. Even though the matter sought to be reviewed was more in the nature of a continuing process, during which a number of decisions or orders have already been taken or made, than of a specific decision or order, for the purposes of the preliminary motion, subsection 18.1(2) of the Act and Rule 1602(2)(f) might be interpreted broadly to encompass the present situation.

It was agreed that the tripartite test (serious issue, irreparable harm, balance of convenience) enunciated in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores*, [1987] 1 S.C.R. 110, was applicable to each of the three reliefs sought. The laying of an harassment complaint is a serious matter as it exposes the complainant to further abuse and the accused to loss of reputation. The allegation that both the particular process applied herein and the policy on which it was based failed to respect the duty to act fairly raises a serious issue to be tried. However, the failure to return the applicant at this time to his normal workplace and duties will not result in irreparable harm not compensable in damages. The harm, whatever it may be, has already been done.

The question of balance of convenience, with respect to the application for a stay, cannot be assessed only on the basis of the convenience of the parties to this proceeding. When the convenience of the complainant and the broader public interest were taken into account, the balance of convenience did not favour the applicant. Granting a stay would have a chilling

est visée par le recours en contrôle judiciaire même si elle consiste en un processus continu, non pas en telle ou telle décision ou ordonnance.

Le requérant, directeur de la Division de la gestion des mesures d'urgence, Agriculture Canada, a fait l'objet d'une plainte formelle de harcèlement en milieu de travail (abus de pouvoir). Comme la plaignante travaillait sous les ordres du requérant, le supérieur hiérarchique de ce dernier a appliqué la politique du Conseil du Trésor qui consistait à éloigner les deux parties, physiquement et hiérarchiquement, en affectant et transférant le requérant à un autre poste pour la durée de l'enquête.

Dans le cadre de son recours en contrôle judiciaire contre certaines parties de la politique sur le harcèlement en milieu de travail, le requérant se fonde sur l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour introduire une requête en ordonnance provisoire en attendant l'issue de ce recours, pour enjoindre à l'intimé: (1) de le réaffecter à son lieu normal de travail afin qu'il puisse remplir ses attributions normales; (2) de s'abstenir de toute autre mesure relative à la matière faisant l'objet du recours en contrôle judiciaire; (3) de communiquer au requérant les documents énumérés dans l'avis de requête introductif d'instance et relatifs à la matière faisant l'objet du recours en contrôle judiciaire.

Jugement: la requête doit être rejetée.

La Cour fédérale a compétence en la matière. L'intimé est un office fédéral au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Bien que la question visée par le recours en contrôle judiciaire consiste en un processus continu, au cours duquel diverses décisions ou ordonnances ont été déjà prises ou rendues, et non pas en telle ou telle décision ou ordonnance, on peut, à l'égard de la requête préliminaire, interpréter largement le paragraphe 18.1(2) de la Loi et la Règle 1602(2)(f) comme embrassant la présente affaire.

Les deux parties conviennent que le triple critère (question sérieuse, préjudice irréparable, balance des inconvénients de part et d'autre) défini dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores*, [1987] 1 R.C.S. 110, est applicable à chacun des trois chefs de demande. Une plainte de harcèlement est une affaire sérieuse, puisque la plaignante risque d'être victime d'abus renouvelés et que l'auteur supposé du harcèlement souffrira en termes de réputation. L'allégation que la procédure observée par l'intimé et la politique qui en est le fondement vont à l'encontre de l'obligation d'équité, représente une question sérieuse à trancher. Cependant, le défaut de réaffecter le requérant maintenant à son lieu de travail et à ses attributions antérieurs ne se traduira pas par un préjudice irréparable que des dommages-intérêts ne sauraient compenser. Le mal, quel qu'il soit, a été fait.

En ce qui concerne la requête en ordonnance provisoire, la question de la balance des inconvénients ne doit pas être examinée en l'espèce qu'au regard des inconvénients dont pourraient souffrir éventuellement les parties elles-mêmes. Si on tient compte de l'inconvénient dont souffrirait la plaignante et de l'intérêt général, la balance ne favorise pas le requérant.

effect upon all of the harassment investigations currently under way throughout the Public Service.

The applicant's request for certain material was not a request pursuant to Rule 1612, so the material tendered by counsel for the respondent could not be accepted. Since the materials requested on behalf of the applicant appear to be materials obtained or compiled specifically for the purpose of this harassment complaint, they fall squarely within the terms of paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act* and should, if they are to be used by the respondent in further consideration of the harassment complaint, be released to both parties to that complaint. If the material is not shared, and is used, as it likely already has been in the investigation process, that will be a matter that will undoubtedly come before this Court later in these proceedings. Production of the material requested should not be ordered because it was not clear that the applicant would suffer irreparable harm or that the balance of convenience favours it, bearing in mind the convenience of those who provided the information, possibly without warning that it might be shared. If the material has been or will be used, surely it must be shared. If it has not been and will not be used except to the extent that it has been shared, no breach of fairness could be foreseen. If it has been used and full sharing is not provided, the respondent must be prepared to defend the fairness of the process.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 496(1), 1602(2)(f) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1612 (as enacted *idem*).
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 8(2)(a).
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

MOTION for interim relief pending final disposition of an application for judicial review, in the context of a complaint of workplace harassment, essentially to nullify the applicant's temporary

Une ordonnance provisoire produirait l'effet d'une douche froide sur toutes les enquêtes de harcèlement en cours au sein de la fonction publique.

La demande du requérant de communication de certains documents n'étant pas une demande faite sous le régime de la Règle 1612, les pièces communiquées par l'avocat de l'intimé ne seront pas acceptées. Les pièces demandées par le requérant étant des documents expressément obtenus ou compilés au sujet de la plainte de harcèlement, elles tombent dans le champ d'application de l'alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et, si l'intimé compte s'en servir pour poursuivre l'enquête sur la plainte de harcèlement, il faut qu'elles soient communiquées à l'une et l'autre parties à la plainte. Si ces pièces sont utilisées sans avoir été communiquées aux intéressés, comme cela a été probablement le cas dans la procédure d'enquête, cette question reviendra certainement devant la Cour dans le cours de l'instance. La production des pièces demandées ne sera pas ordonnée parce qu'il n'est pas certain que le requérant subira un préjudice irréparable faute d'ordonnance ou que la balance des inconvénients la justifie, «inconvénients» s'entendant ici de l'inconvénient dont souffriraient ceux qui ont fourni les renseignements en question, peut-être sans avoir été avertis qu'ils pourraient être partagés avec d'autres. Si ces pièces ont été ou seront utilisées, elles doivent être partagées. Si elles n'ont pas été et ne seront pas utilisées sans avoir été partagées, il n'y aura aucun manquement à l'équité. Si elles ont été utilisées sans avoir été intégralement partagées, l'intimé aura à défendre l'équité de son enquête.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicteé, *idem*, art. 5), 18.2 (édicteé, *idem*).
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8(2)a).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 496(1), 1602(2)f) (édicteé par DORS/92-43, art. 19), 1612 (édicteé, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

- Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

REQUÊTE en ordonnance provisoire, en attendant l'issue d'un recours en contrôle judiciaire relatif à une plainte de harcèlement en milieu de travail, principalement contre l'affectation et le transfert tempo-

reassignment and relocation pursuant to the Treasury Board's harassment in the workplace policy. Motion dismissed.

COUNSEL:

Eric R. Williams for applicant.
Alain Préfontaine for respondent.

SOLICITORS:

Williams, McEney & Davis, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

RELIEF SOUGHT

This is a motion on behalf of the applicant Don Puccini for an interim order under section 18.2 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] pending final disposition of his application for judicial review. The interim relief sought is an order directing the respondent Dan Fenety: first, to return the applicant to his normal workplace at Halldon House, 2255 Carling Avenue in the city of Ottawa so that he might carry out his normal duties and obligations; second, other than as required to give effect to the interim order sought, to refrain from taking any further steps in respect of the matter under judicial review; and third, to immediately provide to the applicant certain material detailed in the originating notice of motion and relating to the matter under judicial review.

THE FACTS

The applicant is the Director of Emergency Management for the Department of Agriculture in the Government of Canada (the Department). As such, he is classified at the first level of the Executive category in the Public Service of Canada. The respondent Fenety is his immediate supervisor within the Corporate Administration Services Branch of the Department. The Emergency Management Division (EMD)

raires du requérant en application de la politique du Conseil du Trésor en matière de harcèlement en milieu de travail. Requête rejetée.

^a AVOCATS:

Eric R. Williams pour le requérant.
Alain Préfontaine pour l'intimé.

^b PROCUREURS:

Williams, McEney & Davis, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE GIBSON:

^d LES CHEFS DE DEMANDE

Le requérant Don Puccini présente, en application de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], une requête en ordonnance provisoire en attendant le jugement de sa demande de contrôle judiciaire. À titre de mesures provisoires, il conclut à ordonnance enjoignant à l'intimé Dan Fenety: en premier lieu, de le réaffecter à son lieu normal de travail, Halldon House, 2255, avenue Carling, Ottawa, afin qu'il puisse remplir ses attributions normales; en deuxième lieu, de s'abstenir, sauf les mesures nécessaires pour donner effet à l'ordonnance provisoire, de toute autre mesure relative à la matière faisant l'objet du recours en contrôle judiciaire; et, en troisième lieu, de communiquer immédiatement au requérant les documents énumérés dans l'avis de requête introductif d'instance et relatifs à la matière faisant l'objet du recours en contrôle judiciaire.

LES FAITS DE LA CAUSE

ⁱ Le requérant est directeur de la Division de la gestion des mesures d'urgence, au ministère de l'Agriculture du gouvernement du Canada (le Ministère). À ce titre il est classé au premier niveau du groupe de la direction dans la fonction publique. L'intimé Fenety est son supérieur hiérarchique à la Direction des services de l'administration corporative du ministère. La Division de la gestion des mesures d'urgence

is a unit of nine or ten persons in the Corporate Administration Services Branch of the Department located at the address indicated above which is some distance removed from the main headquarters of the Department in the Sir John Carling Building.

By letter dated January 4, 1993, Marlene O'Neil, a permanent employee in the Public Service of Canada, assigned to EMD and at that time reporting to an individual who in turn reported directly to the applicant, wrote to the respondent. Her letter constituted a formal complaint of workplace harassment in the nature of abuse of authority allegedly committed against her by the applicant. In the letter, Ms. O'Neil requested, among other things, an investigation of her complaint, that she remain with EMD throughout the investigation, that the harassment cease immediately and that the applicant be instructed not to seek any verbal communication with her during the course of the investigation, either in the workplace or at her home.

The Department has in place an harassment in the workplace policy dated November 29, 1989. Since that time, the Treasury Board Secretariat, acting on behalf of the Treasury Board in the exercise of its responsibilities for personnel management in the Public Service of Canada, issued an harassment in the workplace policy, apparently dated September 1, 1991. Presumably in response, the Department subsequently published a new draft harassment in the workplace policy but there is no evidence before me that, at any time relevant to this application, that draft policy was formally adopted. It was common ground at the hearing before me that the Treasury Board policy of September 1, 1991 governed the Department's response to Ms. O'Neil's complaint. The opening statement of that policy reads as follows:

Policy Objective

To provide a work environment that is supportive of productivity as well as of the personal goals, dignity and self-esteem of every employee.

(DGMU) est une unité de neuf ou dix personnes au sein de la Direction des services de l'administration corporative, et est installée à l'adresse indiquée ci-dessus, qui se trouve à quelque distance du siège du Ministère, à l'édifice Sir John Carling.

Par lettre en date du 4 janvier 1993, Marlene O'Neil, employée permanente de la fonction publique travaillant à la DGMU sous les ordres d'une autre personne qui relevait directement du requérant, a saisi l'intimé d'une plainte formelle de harcèlement en milieu de travail, harcèlement qu'aurait commis le requérant à son égard sous forme d'abus de pouvoir. Dans sa lettre, Mme O'Neil demandait, entre autres, une enquête sur sa plainte, son maintien à la DGMU pendant l'enquête, la cessation immédiate du harcèlement, et l'interdiction faite au requérant de communiquer verbalement avec elle, que ce fût au travail ou chez elle.

Le Ministère avait institué une politique en matière de harcèlement en milieu de travail, le 29 novembre 1989. Depuis cette date, le Secrétariat du Conseil du Trésor, agissant au nom de ce dernier dans l'exercice de ses responsabilités en matière de gestion du personnel de la fonction publique du Canada, a mis en place une politique sur le harcèlement en milieu de travail, apparemment datée du 1^{er} septembre 1991. C'est manifestement pour donner effet à cette dernière que le Ministère a publié par la suite un nouveau projet de politique sur le harcèlement en milieu de travail, mais aucune preuve n'a été administrée pour établir que pendant la période en cause, ce projet de politique ait été formellement adopté. Il est convenu de part et d'autre à l'audience que c'est la politique en date du 1^{er} septembre 1991 du Conseil du Trésor qui régissait la suite réservée par le Ministère à la plainte de Mme O'Neil. Voici le préambule de ce texte:

Objectif de la politique

Créer un milieu de travail qui, tout en stimulant la productivité, soit propice à la dignité et à l'estime de chacun et chacune des employés et leur permettre de poursuivre leurs objectifs personnels.

Policy Statement

Every employee will be treated fairly in the workplace, in an environment free of harassment. Harassment of another employee constitutes a disciplinary infraction subject to disciplinary penalties up to and including discharge.

Application

This policy applies to all departments and other portions of the Public Service listed in Part I of Schedule I of the *Public Service Staff Relations Act*.

The Department is, indirectly, listed in Part I of that Schedule [*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35].

The procedures provided upon receipt of a complaint by a person designated to investigate a complaint, and it was not disputed before me that the respondent is such a person for the purposes of this complaint, require that person to:

- immediately inform the person against whom a complaint has been lodged that a complaint has been filed;
- inform all parties involved of their rights and responsibilities;
- interview the parties concerned and witnesses;
- collect evidence;
- prepare a report; and
- inform the parties in writing of the decision rendered and the reasons justifying it without undue delay.

The respondent acted on January 11, 1993 to inform the applicant. By letter under that date he advised the applicant that an harassment complaint had been brought against him by Ms. O'Neil, that a private company or individual experienced in handling harassment investigations would be retained to carry out some of the stages outlined in the procedures and that he would be given full opportunity to respond to the allegations made against him. At the same time the applicant was advised that he was being reassigned and provided with working space in the Department headquarters' main location. The letter went on to advise that the reassignment and relocation "should in no way be construed as prejudging the outcome of the investigation." The letter further advised that another individual had been asked to act in the applicant's position of Director, EMD during the applicant's absence from EMD. Finally, the letter

Énoncé de la politique

Chaque employé de la fonction publique du Canada est traité équitablement au travail dans un milieu exempt de harcèlement. Le harcèlement de tout employé par un autre employé constitue une infraction à la discipline qui fera objet de sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement.

Application

La présente politique s'applique à tous les ministères et autres éléments de la fonction publique énumérés à la partie I de l'annexe I de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

Le Ministère figure indirectement à la partie I de cette annexe [*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35].

La procédure à suivre prévoit qu'à la réception de la plainte, la personne désignée pour entreprendre l'enquête (et il est constant qu'il s'agit en l'espèce de l'intimé) doit:

- aviser sans retard la personne contre laquelle une plainte a été logée de la plainte portée contre elle;
- informer toutes les parties impliquées de leurs droits et responsabilités;
- interroger les parties au litige ainsi que les témoins;
- recueillir les éléments de preuve;
- rédiger un rapport;
- informer par écrit les parties de la décision rendue et des motifs qui la justifient dans un délai raisonnable.

Par lettre en date du 11 janvier 1993, l'intimé informe le requérant que celui-ci fait l'objet d'une plainte de harcèlement portée par Mme O'Neil, qu'une compagnie ou un individu du secteur privé, versé dans les enquêtes en matière de harcèlement, sera engagé pour s'occuper de certaines étapes de la procédure, et que le requérant aura tout loisir de répondre aux accusations portées contre lui. Par la même occasion, celui-ci est informé qu'il est affecté et transféré au siège du Ministère, et que cette affectation et ce transfert [TRADUCTION] «ne doivent pas être interprétées comme anticipant sur l'issue de l'enquête». La lettre l'informe encore qu'une autre personne a été chargée d'assurer l'intérim pendant son absence de la DGMU, et lui recommande de ne pas communiquer avec Mme O'Neil pendant l'enquête.

recommended that the applicant not contact Marlene O'Neil during the course of the investigation.

In reassigning and relocating the applicant, the respondent was apparently acting in response to the following paragraphs of the policy which appear under the headings "Rights and Responsibilities" and "Managers":

If it is deemed by the employer to be in the best interest of all parties, when a person against whom a complaint has been lodged and an alleged harasser share a subordinate and supervisor role, they should be physically and hierarchically removed from one another, for the period of investigations.

When they do not share a supervisor and subordinate role, they should be physically removed from one another, for the period of investigations.

Also under the heading "Rights and Responsibilities", the policy provides that both the "alleged victim", in this case Ms. O'Neil, and the person against whom a complaint has been lodged, in this case the applicant, have a right "to be kept informed throughout the process, subject to both the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*."

Apparently the investigation contemplated by the policy and the respondent's letter of January 11, 1993, was carried out by one Ann Carmichael, alone or in conjunction with one other person; that is not clear from the material before me. Also apparently, the report of the investigation was delivered to the respondent sometime around the end of March. A version of the report was provided to the applicant on March 31, 1993, and another version was provided to him on April 23, 1993. According to what appears to be the original numbering system for the report, it runs to eighty-one (81) pages. The material delivered to the applicant on April 23, 1993, runs to eighty-six (86) pages including a brief memorandum dated April 23, 1993, a cover page and a three page "Statement of Allegations" which apparently is an Appendix to the report, the pages of which are not numbered in the original version. A table of contents which is either page 2 or page 3, depending upon the numbering system used, indicates that the report consists of an introduction, information regarding eleven "key witnesses" who do not include the complainant or the applicant, a two-page summary of overall con-

Par ce transfert, l'intimé s'est de toute évidence conformé aux paragraphes suivants de la politique, intitulés «Droits et responsabilités» et «Les gestionnaires»:

S'il est déterminé par l'employeur qu'il y va de l'intérêt de toutes les parties, la personne contre laquelle une plainte a été logée et la victime présumée qui entretiennent un rapport hiérarchique de surveillant à subalterne, devraient être séparées l'une de l'autre physiquement et hiérarchiquement, pour la durée de l'enquête.

Quand elles n'entretiennent pas un rapport de surveillant à subalterne, elles devraient être séparées l'une de l'autre physiquement, pour la durée de l'enquête.

Toujours sous la rubrique des «Droits et responsabilités», la politique prévoit que la «victime présumée», en l'occurrence Mme O'Neil, et la personne visée par la plainte, en l'occurrence le requérant, ont l'une et l'autre le droit «pendant toute la durée de la procédure, d'être tenu[e]s au courant, sous réserve de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*».

Il appert que l'enquête visée à la politique et mentionnée dans la lettre du 11 janvier 1993 de l'intimé, a été menée par une certaine Ann Carmichael, seule ou avec le concours d'une autre personne; le dossier n'est pas clair à ce sujet. Il appert aussi que le rapport d'enquête a été soumis à l'intimé vers la fin de mars. Une version du rapport fut communiquée au requérant le 31 mars 1993, et une autre version le 23 avril 1993. D'après la pagination initiale du rapport, celui-ci couvre quatre-vingt-une (81) pages. Le document communiqué le 23 avril 1993 au requérant couvre quatre-vingt-six (86) pages, y compris un bref memorandum en date du 23 avril 1993, une page de couverture et un «État des allégations» de trois pages, lequel est manifestement une annexe du rapport et dont les pages n'étaient pas numérotées dans la version initiale. Une table des matières qui est en page 2 ou 3, selon la pagination adoptée, indique que le rapport comprend un avant-propos, les informations relatives à onze «principaux témoins» à l'exclusion de la plaignante et du requérant, un sommaire de deux pages des conclusions d'ensemble, un sommaire plus étendu des points litigieux, analyses et conclusions,

clusions, a more extensive summary of issues, analyses and conclusions, a detailed report on findings, analyses and conclusions and finally the brief Appendix referred to above. As pleaded on behalf of the applicant, the report goes well beyond a simple reporting of information provided by those interviewed. Also, as pleaded on behalf of the applicant, the version of the report filed, as delivered to the applicant on April 23, 1993 is extensively expurgated presumably pursuant to the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21].

Apparently the remaining stages in the process, as envisaged by the respondent, involve an opportunity for the complainant and the applicant to make representations to him orally and/or in writing. Also presumably, following those representations, the respondent will consider the report in the light of those representations and reach his conclusion as to the disposition of the complaint.

The originating notice of motion filed on behalf of the applicant in this matter requests the following relief:

1. An order quashing portions of the Agriculture Canada policy concerning workplace harassment and in particular those sections dealing with the process for the disposition of complaints and the rights of a person who is subject to a complaint.

2. Specifically, the applicant refers to provisions which:

a) provide for immediate disciplinary action by the removal of the "accused" from the workplace;

b) provisions which provide for the appointment of an outside "investigator", allowing an investigator to provide opinions, conclusions and findings of fact rather than acting in a mere fact finding capacity;

c) any provision which allows a manager or supervisor to make a final decision using, in some unknown method the "investigators report" and perhaps carrying out some additional unknown investigation and coming to a conclusion of guilt or non-guilt;

d) any provision which provides for a manager or supervisor to make such decision when, given the nature of the process an independent person or tribunal ought to make such decision and not a "manager" or "supervisor" who are often affected by bias and lack of training dealing with matters of credibility and the interpretation of policy meaning.

3. An Order quashing any provision which does not give the right either to the complainant or the "accused" if they so desire to have a hearing before an independent tribunal or per-

un rapport détaillé sur les constatations, analyses et conclusions, et enfin la brève annexe susmentionnée. Le requérant argue que ce rapport va bien au-delà d'un simple compte rendu des informations communiquées par les personnes interrogées, et aussi que la version du rapport déposé, telle qu'elle a été communiquée au requérant le 23 avril 1993, a été fortement expurgée, vraisemblablement en application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21].

Il appert que les étapes restantes de la procédure, telles que les envisage l'intimé, consistent à donner à la plaignante et au requérant la possibilité de lui soumettre leurs conclusions, verbalement ou par écrit, après quoi il examinera le rapport à la lumière de ces conclusions et décidera de la suite à réserver à la plainte.

L'avis de requête introductif d'instance, déposé par le requérant, conclut à ce qui suit:

[TRADUCTION] 1. Ordonnance portant annulation de parties de la politique d'Agriculture Canada sur le harcèlement en milieu de travail, en particulier des articles relatifs à la procédure d'instruction des plaintes et aux droits de la personne qui est l'objet d'une plainte.

2. Plus spécifiquement, le requérant demande l'annulation:

a) des dispositions qui prévoient l'action disciplinaire immédiate par le transfert de l'«accusé» hors du lieu de travail;

b) des dispositions qui prévoient la désignation d'un «enquêteur» de l'extérieur, qui donne ses avis, conclusions et constatations, au lieu de se limiter à une enquête sur les faits;

c) de toute disposition qui habilite un gestionnaire ou surveillant à rendre la décision finale en se servant, par quelque méthode inconnue, du «rapport de l'enquêteur» et en entreprenant peut-être quelque enquête supplémentaire inconnue, pour arriver à un verdict de culpabilité ou d'innocence;

d) de toute disposition qui habilite un gestionnaire ou surveillant à rendre pareille décision, laquelle, étant donné la nature du processus, devrait émaner d'une personne ou d'un tribunal neutre, et non pas d'un «gestionnaire» ou «surveillant», qui souffre souvent de parti pris ou de manque de formation sur les questions de crédibilité et d'interprétation des politiques.

3. Ordonnance portant annulation de toute disposition qui ne donne pas au plaignant ou à l'«accusé» le droit de se faire entendre par un tribunal ou une personne neutre, avec droit de

son with the right to call witnesses, cross-examine adverse witnesses and to make argument with or without counsel.

4. An Order quashing any provision which has the effect of not allowing the "accused" to know the exact extent and nature of the case against him and her and to respond appropriately to such case. ^a

5. An Order quashing the investigative report of Ann Carmichael and expunging such report from the records of Agriculture Canada, the file of Don Puccini and any filing under the *Access to Information and Privacy Act*. ^b

6. Further, an Order directing that a hearing take place of the complaint of Marlene O'Neil against Don Puccini before an independent tribunal or person and that Puccini be permitted to appear either alone or by Counsel to cross-examine any witnesses that may give evidence concerning the complaints against him and to call any witnesses on his own behalf together with concurrent right of O'Neil to cross-examine any witnesses he may call. ^c

7. Prior to such hearing, an Order that any witness statements gathered, any noted documentation or other material being relied upon by the complainant be produced in advance of the hearing for review by Puccini. ^d

8. Consistent with these Orders, an Order directing Dan Fenety to cease and desist from making a decision or taking any further steps in respect of the complaint of Marlene O'Neil. ^e

9. An Order directing the interim orders in the enclosed **Notice of Motion**. ^f

10. The applicant's costs of this application on a solicitor and his own client scale.

11. Such further and other relief as this Court may allow or deem necessary. ^g

The interim motion was argued before me in Ottawa on June 1, 1993. The next day, the respondent met with a number of persons employed in the EMD. Shortly thereafter, counsel for the applicant contacted the Registry of the Court to request leave pursuant to Rule 496(1) of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 to reopen the hearing to provide affidavit evidence of what transpired at the meeting and of its relevance to the matter before the Court, particularly as it related to the harm caused to the applicant by the process to date. Rule 496(1) reads as follows: ^h

Rule 496. (1) The Court may, either upon application of one of the parties or of its own motion, if it is expedient in the interest of justice, re-open a trial or other hearing after it has been concluded, and before reasons for judgment have been filed or ^j

citer des témoins, de contre-interroger les témoins de la partie adverse et de plaider avec ou sans le ministère d'avocat.

4. Ordonnance portant annulation de toute disposition qui a pour effet d'empêcher l'«accusé» de connaître la portée et la nature exacte des faits relevés contre lui, et d'y défendre comme il convient.

5. Ordonnance portant annulation du rapport d'enquête d'Ann Carmichael et radiation de ce rapport des dossiers d'Agriculture Canada, du dossier personnel de Don Puccini, et de tout dossier soumis à l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. ^b

6. Ordonnance portant que la plainte de Marlene O'Neil contre Don Puccini sera entendue par un tribunal ou une personne neutre, et que Puccini aura le droit de comparaître, assisté ou non d'avocat, pour contre-interroger tout témoin qui dépose au sujet de la plainte et de citer tout témoin à décharge, que O'Neil pourra contre-interroger. ^c

7. Ordonnance portant qu'avant l'audience susmentionnée, toutes dépositions recueillies chez les témoins et tous documents ou autres pièces, notés, sur lesquels s'appuie la plaignante, seront communiqués à Puccini. ^d

8. Conformément aux ordonnances susmentionnées, ordonnance à Dan Fenety de s'abstenir de rendre une décision et de prendre de nouvelles mesures au sujet de la plainte de Marlene O'Neil. ^e

9. Ordonnance prescrivant les mesures provisoires visées à l'**avis de requête** ci-joint. ^f

10. Les dépens entre procureur et client, afférents à la présente requête.

11. Tout autre mesure provisoire que la Cour jugera nécessaire d'ordonner. ^g

La requête en mesures provisoires a été débattue à l'audience du 1^{er} juin 1993. Le lendemain, l'intimé a rencontré un certain nombre d'employés de la DGMU. Peu de temps après, l'avocat du requérant a communiqué avec le greffe de la Cour pour demander, en application de la Règle 496(1) des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, la réouverture de l'audience pour produire la preuve par affidavit de ce qui s'est dit au cours de cette rencontre et du rapport que présente cette dernière avec l'affaire, en particulier avec le préjudice causé au requérant par la procédure à cette date. La Règle 496(1) prévoit ce qui suit: ^h

Règle 496. (1) La Cour pourra, soit sur une requête de l'une des parties, ou de sa propre initiative, s'il y va de l'intérêt de la justice, rouvrir une instruction ou autre audition après sa clôture, et avant que les motifs du jugement n'aient été donnés ou ⁱ

judgment has been pronounced, for such purposes, and upon such terms, as seem just.

At the time counsel for the applicant contacted the Registry, the hearing of the motion had been concluded, but reasons for an order following from the hearing had not been filed and an order relating to the substance of the matter considered at the hearing had not been pronounced. Accordingly, the request fell squarely within the terms of the Rule and, after consultations between the Registry and counsel for both parties, I agreed to reopen the hearing and did so on the afternoon of June 17, 1993.

At the reopened hearing, a motion was presented on behalf of the applicant for leave to file three affidavits, two of persons who attended the meeting on June 2, 1993, deposing as to what transpired at the meeting, and one of the applicant, in the terms of the motion, "relating to the merits and evidence argued at the original hearing of [the] motion on June 1, 1993." The motion also requested that the Court consider the affidavits. Three affidavits were also received in the Registry on June 16, 1993, on behalf of the respondent, all of persons, including the respondent, who attended the meeting on June 2, 1993. At the close of the reopened hearing, I ordered that all six affidavits be filed in the Registry on the dates they were received therein. They are certainly all relevant to the issues before me. As requested, I have considered them in deciding on the disposition of the main motion before me and in finalizing these reasons. They have not substantially affected the result.

ANALYSIS

There are two preliminary questions with which I would like to deal briefly. Both relate to the jurisdiction of the Court to deal with this matter.

I am satisfied that the respondent Dan Fenety is a federal board, commission or other tribunal, within the definition of that expression in section 2 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1], in the function that he is performing in relation to this harassment complaint against the applicant. That definition reads as follows:

que le jugement lui-même n'ait été prononcé, aux fins et aux conditions qui semblent justes.

Au moment où l'avocat du requérant communiqua avec le greffe, l'audition de la requête avait pris fin, mais les motifs de l'ordonnance qui y donnait suite n'avaient pas encore été déposés, et l'ordonnance elle-même n'avait pas encore été prononcée. Sa demande était donc conforme à la Règle et, après consultations entre le greffe et les avocats des deux parties, j'ai accepté de rouvrir l'audience, ce que j'ai fait dans l'après-midi du 17 juin 1993.

À la reprise, le requérant a présenté une requête en autorisation de déposer trois affidavits, deux émanant de personnes qui étaient présentes à la réunion du 2 juin 1993 et qui déposent sur ce qui s'y est dit, et une émanant du requérant lui-même [TRADUCTION] «au sujet du fond de l'affaire et des preuves, débattus à la première audition, le 1^{er} juin 1993, de [la] requête». Le requérant y demande aussi que la Cour prenne en considération les affidavits visés. Le greffe a également reçu le 16 janvier 1993 trois affidavits produits par l'intimé et émanant de personnes, y compris l'intimé lui-même, qui étaient présentes à la réunion du 2 juin 1993. À la clôture de la reprise, j'ai ordonné que tous les six affidavits soient déposés au greffe à compter de la date où celui-ci les a reçus. Ils présentent certainement tous un rapport avec les questions litigieuses dont je suis saisi. Comme les parties me l'ont demandé, je les ai pris en considération pour prononcer sur la requête principale soumise à ma décision et pour formuler les présents motifs. Ces affidavits n'ont guère eu d'influence sur la décision.

ANALYSE

Je dois examiner brièvement deux questions préalables qui concernent toutes deux la compétence de la Cour en cette matière.

Je conclus que l'intimé Dan Fenety a la qualité d'un office fédéral au sens de la définition contenue dans l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1], dans la fonction qu'il exerce à l'égard de la plainte de harcèlement contre le requérant. Voici le texte de cette définition:

2. (1) . . .

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

The definition contemplates that a federal board, commission or tribunal may be a person. I am also satisfied that in relation to this matter, the respondent is “exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred . . . under an Act of Parliament”, the Act being the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, and that he does not fall within the exception to the scope of the definition that is contained in its closing words. Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Agriculture was stricken as a respondent by order made at the hearing of this application as I am satisfied that Her Majesty as so represented, at least in the context of this matter, does not fit within the definition, “federal board, commission or other tribunal” and therefore cannot properly be a respondent in this application for judicial review.

That being said, and considering the relief sought in the originating motion but subject to what follows in respect of section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, I am satisfied that the originating motion is properly before the Court under section 18.1 and that the interim motion before me fits easily within the ambit of section 18.2.

The second question is more technical. Subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* reads as follows:

18.1 . . .

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within thirty days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.

2. (1) . . .

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Selon cette définition, un office fédéral peut être une personne. Je conclus aussi qu'en l'espèce, l'intimé est une personne «exerçant ou censé[e] exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale», cette loi étant en l'occurrence la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, et qu'il échappe à l'exception prévue à la fin de la définition. Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre de l'Agriculture, a été mise hors de cause par ordonnance rendue à l'audition de ce recours puisque, à mon avis, Sa Majesté, telle qu'elle est représentée et du moins dans l'affaire en instance, ne tombe pas dans le champ d'application de la définition d'«office fédéral» et ne peut donc être intimé dans le cadre de ce recours en contrôle judiciaire.

Cela dit, et vu les chefs de demande contenus dans la requête introductive d'instance mais sous réserve de ce qui suit au sujet de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, je conclus que la Cour a compétence pour connaître de cette requête en application de l'article 18.1, et que la requête en mesures provisoires dont je suis saisi tombe dans le champ d'application de l'article 18.2.

La seconde question est plus technique. Le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit ce qui suit:

18.1 . . .

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

This subsection contemplates a specific decision or order in respect of which judicial review is sought and this concept is reflected in Rule 1602(2)(f) of the *Federal Court Rules* [as enacted by SOR/92-43, s. 19] which requires that an applicant's notice of motion for judicial review set out "the date and details of the decision, order or other matter in respect of which judicial review is sought." The "details" of the "matter" sought to be reviewed are reflected in the notice of motion herein but the "matter" is more in the nature of a continuing process than in the nature of a specific decision or order and it is thus difficult to pinpoint specific dates, other than the date when the harassment complaint was filed and various milestone dates since that time. In any event, I am satisfied that nothing turns on this issue in the context of this matter, at least for the purposes of this preliminary motion. Subject to what may be decided at a later stage of this proceeding, I am prepared for the purpose of this preliminary motion to interpret the terms of subsection 18.1(2) and Rule 1602(2)(f) broadly to encompass the situation in this matter where a number of decisions or orders have already been taken or made by the respondent in the course of the harassment investigation that have significantly impacted on the situations of the applicant and the complainant.

I will turn now to the main question that was before me.

In submissions made before me, counsel for both parties were of the opinion that the tripartite test enunciated in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, was applicable to each of the three reliefs sought by the applicant. It is clear that the test in *Metropolitan Stores* is applicable to the second relief requested, an injunction preventing the continuation of the process until judicial review has taken place. However, it is less clear as to how this test is to be applied in relation to the first relief sought, an order directing the applicant to be returned to his original workplace, and the third relief sought, the release of certain material. In spite of my apprehensions in this regard, I have framed my reasons in the context of the *Metropolitan Stores* test as argued by counsel.

Ce paragraphe vise la décision ou l'ordonnance attaquée par le recours en contrôle judiciaire, et cette spécificité se retrouve dans la Règle 1602(2)(f) des *Règles de la Cour fédérale* [éditée par DORS/92-43, art. 19], aux termes de laquelle l'avis de requête en contrôle judiciaire doit indiquer «la date et les particularités de la décision, de l'ordonnance ou de toute autre question à l'égard de laquelle le contrôle judiciaire est demandé». Les «particularités» de la «question» visée par le recours en contrôle judiciaire en l'espèce sont indiquées dans l'avis de requête, mais cette «question» consiste en un processus continu et non pas en telle ou telle décision ou ordonnance, c'est pourquoi il est impossible de relever des dates précises, autres que la date du dépôt de la plainte de harcèlement et de divers incidents de procédure subséquents. Sous réserve de décision contraire en un état ultérieur de la cause, je suis disposé, à l'égard de cette requête préliminaire, à interpréter largement le libellé du paragraphe 18.1(2) et de la Règle 1602(1)(f) comme embrassant la situation d'ensemble en l'espèce, où diverses décisions ou ordonnances ont été déjà prises ou rendues par l'intimé dans le cours de l'enquête sur le harcèlement, lesquelles ont eu un effet notable sur la situation du requérant et de la plaignante.

J'en viens maintenant à la question principale en instance.

Dans leurs conclusions, les avocats de part et d'autre estiment que le triple critère défini dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, est applicable à chacun des trois chefs de demande du requérant. Il est clair que le critère défini par *Metropolitan Stores* est applicable au deuxième chef de demande, injonction contre la poursuite de l'instruction de la plainte en attendant le contrôle judiciaire. On voit cependant mal comment il s'applique au premier chef de demande, ordonnance de réaffecter le requérant à son lieu de travail initial, et au troisième chef, communication de certains documents. Malgré mes appréhensions à ce sujet, j'ai formulé mes motifs d'ordonnance sous l'optique du critère de l'arrêt *Metropolitan Stores*, comme les avocats en présence l'ont fait dans leurs plaidoiries.

The elements of the test are: first, that the applicant be able to establish a *prima facie* case or to show that there is a serious question to be tried; second, that the applicant will suffer irreparable harm not compensable in damages; and third, the balance of convenience, as between the parties and taking into account the public interest. The elements of the test are conjunctive. All three must be met before a relief can be granted.

(a) Serious question to be tried

Treasury Board policy defines harassment in the following terms:

Harassment means any improper behaviour by a person employed in the Public Service that is directed at and is offensive to any employee of the Public Service and which a person knew or ought reasonably to have known would be unwelcome. It comprises objectionable conduct, comment and display made on either one time or continuous basis that demeans, belittles, or causes personal humiliation or embarrassment to an employee.

The policy goes on to provide that harassment includes abuse of authority. It states:

Harassment also includes abuse of authority which means an individual's improper use of power and authority inherent in the position held, to endanger an employee's job, undermine the performance of that job, threaten the economic livelihood of the employee, or in any way interfere with or influence the career of such an employee. It includes such acts or misuses of power as intimidation, threats, blackmail or coercion. [Underlining added.]

The policy makes it clear that workplace harassment is unacceptable and must be taken seriously. The "Policy objective" and "Policy statement" that introduce the policy are quoted above.

The laying of an harassment complaint is a serious matter. It exposes the complainant to serious prejudice. The laying of the complaint will inevitably become known in the workplace. The atmosphere there will inevitably become difficult. Sides will be taken. Relationships will be strained. This is as true where the allegations are of abuse of authority as where they are of sexual harassment. In each case of abuse of authority there is by definition a power imbalance. The complainant risks further abuse, however subtle, of that imbalance. On the other side, the

Les trois volets de ce critère sont les suivants: en premier lieu, le requérant doit établir, ne serait-ce que par commencement de preuve, qu'il y a une question sérieuse à trancher; en deuxième lieu, qu'il subira un préjudice irréparable que ne sauraient indemniser des dommages-intérêts; le troisième volet étant la balance des inconvénients de part et d'autre compte tenu de l'intérêt général. Ces trois éléments du critère forment un tout. Toutes les trois conditions doivent être réunies pour que la réparation demandée soit accordée.

a) Question sérieuse à trancher

La politique du Conseil du Trésor définit le harcèlement en ces termes:

On entend par harcèlement tout comportement malséant et blessant d'un employé de la fonction publique envers un autre employé de la fonction publique dont l'importunité était connue de l'auteur ou n'aurait pas dû lui échapper. Tout propos, action ou exhibition répréhensible qui humilie, rabaisse ou embarrasse un employé, que ce soit une fois ou continuellement, est une manifestation de harcèlement.

Aux termes de cette politique, le harcèlement s'entend aussi de l'abus de pouvoir, comme suit:

Le harcèlement comprend aussi l'abus de pouvoir qui signifie l'exercice malséant de l'autorité ou du pouvoir inhérent à un poste dans le dessein de compromettre l'emploi d'un employé, de nuire à son rendement au travail, de mettre son moyen de subsistance en danger ou de s'ingérer de toute autre façon dans sa carrière. Il comprend des actes tels que l'intimidation, la menace, le chantage et la coercition. [Soulignements ajoutés.]

Cette politique ne laisse aucun doute que le harcèlement en milieu de travail est inacceptable et ne doit pas être traité à la légère. L'objectif et l'énoncé en sont reproduits *supra*.

Une plainte de harcèlement est une affaire sérieuse. Elle expose le plaignant ou la plaignante à un grave préjudice. Le dépôt de la plainte se saura inévitablement au lieu de travail, dont l'atmosphère deviendra inévitablement difficile. Des partis se formeront. Les relations seront tendues. Il en est ainsi de la plainte d'abus de pouvoir comme de la plainte de harcèlement sexuel. Dans chaque cas d'abus de pouvoir, il y a par définition un déséquilibre des forces. Le plaignant ou la plaignante risque d'être victime d'abus renouvelés, aussi subtils soient-ils, en raison

alleged harasser will also suffer in terms of prestige, reputation, possible loss of authority and respect. It is therefore important that steps be taken to mitigate the negative effects and to deal with the complaint quickly. But it is at least equally important that the complaint be dealt with fairly, both in terms of the complainant and the alleged harasser.

The applicant alleges in this case that both the particular process that has been applied by the respondent and the policy on which it is based have failed to respect the duty to act fairly and he has made substantial allegations to support his position and claims extensive and radical relief in the result. As I understand the jurisprudence, it is not for me to judge those allegations; that will be for the judge sitting on the application for judicial review. However, for the purposes of this interim motion, I am satisfied that the applicant has identified a serious issue to be tried, in the context of all three reliefs sought, relating both to the Treasury Board policy and to the process followed by the respondent to date.

(b) Irreparable harm

The applicant alleges irreparable harm to his reputation, to his well-being and to his career following from the respondent's actions in response to the harassment complaint. In particular, documentation filed on his behalf focuses on the implications for him of the transfer from his normal place of work, the assignment to new duties, the reassignment of all or a substantial portion of his regular duties, on an acting basis, to another person and the investigative process itself. It may be implicit in his allegations and in the argument before me that such action in relation to a manager against whom a complaint is made must inevitably result in greater harm than equivalent action in relation to a complaining subordinate. While this might be true in particular fact situations, I reject it as a generalization. In my view, it was not established before me that it would be true in this fact situation.

The respondent had an obligation once the complaint was filed to take action to remove one of the parties "[i]f it is deemed by the employer to be in the

de ce déséquilibre. De son côté, l'auteur supposé du harcèlement souffrira aussi en termes de prestige, de réputation, et peut-être aussi d'autorité et de respect. Il est donc important que des mesures soient prises pour atténuer les effets négatifs et de régler la plainte dans les plus brefs délais. Mais il est tout aussi, sinon plus, important que la plainte soit instruite de façon équitable, pour le plaignant comme pour l'auteur supposé du harcèlement.

Le requérant soutient que la procédure observée par l'intimé et la politique qui en est le fondement vont à l'encontre de l'obligation d'équité; il a avancé de sérieuses allégations à l'appui et conclu à des mesures de réparation étendues et radicales en conséquence. Conformément à la jurisprudence en la matière, il ne m'appartient pas de prononcer sur ces arguments; la décision appartient au juge saisi du recours en contrôle judiciaire. Aux fins cependant de cette requête en mesures provisoires, je conclus que le requérant a relevé, au regard de ses trois chefs de demande, une question sérieuse à trancher pour ce qui est la fois de la politique du Conseil du Trésor et de la procédure observée jusqu'à cette date par l'intimé.

b) Préjudice irréparable

Le requérant soutient que les mesures prises par l'intimé au sujet de la plainte causeront un préjudice irréparable à sa réputation, à son bien-être et à sa carrière. En particulier, la documentation déposée à son nom est centrée sur ce que signifient pour lui son transfert hors de son lieu de travail normal, l'attribution de nouvelles fonctions, l'attribution d'une bonne partie de ses propres fonctions à un intérimaire, et le processus d'enquête lui-même. La conclusion implicite qui semble se dégager de ses allégations et des arguments présentés à l'audience est que les mesures de ce genre causent inévitablement un plus grave préjudice au gestionnaire qui fait l'objet de la plainte qu'au subordonné qui a déposé cette plainte. Bien que cette situation puisse être avérée dans des cas d'espèce, elle n'est pas la règle générale et, en l'espèce, il n'a pas été prouvé qu'elle soit avérée eu égard aux faits de la cause.

L'intimé était tenu, une fois la plainte déposée, d'éloigner l'une des parties «s'il est déterminé par l'employeur qu'il y va de l'intérêt de toutes les par-

best interest of all parties.” A position with substantial duties to be carried out existed in the same Branch of the Department to which the applicant could be moved. Clearly, to have left the two parties together in a small unit remote in location from all other elements of the Branch would have been difficult. The applicant does not appear to question the authority in law of the respondent to take the reassignment action he did, so long as that action is taken in accordance with law.

The critical question under this portion of the test as it relates to the first relief requested on this application, that is, return of the applicant to his pre-complaint workplace and duties, would appear to me to be whether failure to return the applicant at this time to that workplace and those duties will result in irreparable harm not compensable in damages? On this interpretation of the test I must conclude the answer is “no”. Whatever harm may have been incurred to this date by the removal and reassignment cannot now be remedied by a return. That harm, whatever it may be, has been done. It is my conclusion based on the material and argument before me that any further harm that may accrue by continuation of the current arrangements, or other equivalent arrangements, until this matter is finally concluded, will be only marginal.

(c) Balance of convenience

Having failed to find irreparable harm in relation to the first relief requested by the applicant, I do not propose to address that relief in relation to this element of the test since the elements of the test must all be met in order to justify any particular relief. Similarly, I have not addressed the first element of the test in relation to the second relief requested and will now deal with it since, in my view, this element of the test is particularly relevant, in relation to the second relief requested, namely, a stay against the respondent taking any further steps in relation to the matters under judicial review.

The question of balance of convenience, or balance of inconvenience as it is sometimes described, in the circumstances of this case cannot, in my view, be assessed only on the basis of the convenience or inconvenience of the parties to this proceeding. The

ties». Il y avait au sein de la même direction générale du Ministère, un poste important où le requérant pouvait être transféré. Il est manifeste qu’il aurait été difficile de laisser les deux parties en présence dans un petit service éloigné de tous les autres éléments de la direction. Le requérant ne semble pas contester le pouvoir qu’a l’intimé de le transférer, à la condition que ce pouvoir s’exerce conformément à la loi.

La question critique qui se pose au regard de ce volet du critère, tel qu’il concerne le premier chef de demande, soit la réaffectation du requérant à son lieu de travail et ses attributions antérieurs, est de savoir si le défaut de l’y renvoyer maintenant se traduira par un préjudice irréparable que des dommages-intérêts ne sauraient indemniser. Dans l’interprétation du critère à cet égard, je dois conclure que la réponse est «non». Tout préjudice qui a pu résulter à ce jour du transfert et de la nouvelle affectation ne pourrait être maintenant réparé par le retour du requérant. Le mal, quel qu’il soit, a été fait. Je conclus, à la lumière des documents versés au dossier et des arguments présentés à l’audience, que tout nouveau préjudice qui pourra résulter de la continuation des arrangements actuels ou d’autres arrangements équivalents ne sera que marginal d’ici au jugement définitif de l’affaire.

c) Balance des inconvénients

Ayant conclu qu’il n’y a pas préjudice irréparable au regard du premier chef de demande du requérant, je n’examinerai pas ce chef à la lumière de ce volet du critère, car il faut satisfaire à tous les éléments de ce dernier pour justifier une mesure de réparation quelle qu’elle soit. De même, je n’ai pas appliqué le premier élément du critère au deuxième chef de demande; je vais donc le faire parce qu’à mon avis, cet élément du critère est particulièrement applicable à ce chef de demande, savoir ordonnance à l’intimé de ne plus prendre aucune mesure au sujet de la matière faisant l’objet du recours en contrôle judiciaire.

La question de la balance des inconvénients ne doit pas être examinée en l’espèce qu’au regard des inconvénients dont pourraient souffrir éventuellement les parties elles-mêmes. Le requérant argue d’un inconvénient majeur puisque, à son avis, il y aura

applicant pleads a major inconvenience amounting in his opinion to a likely fundamental breach of the duty to act fairly if a stay is not granted. The respondent would suffer only limited inconvenience that I can discern if a stay were granted. However, the convenience of the complainant can surely not be ignored and there is no evidence before me that she is concerned about the fairness of the process to date regarding her complaint, or fears that if the process were allowed to run its course the result would be unfair. On the other hand, if a stay were granted, thus ensuring that the current state of tension and uncertainty is continued, it is not difficult to conclude that she would be caused further substantial inconvenience. There is also a broader public interest involved. I am in no position to estimate the number of harassment complaints currently under investigation throughout the Public Service that are being conducted pursuant to the Treasury Board policy or that policy with a gloss on it that adapts it to the particular circumstances of a department or agency. I suspect there are many. Whatever the number may be, I am concerned that to grant a stay in this matter would have a chilling effect on all of them to the substantial inconvenience of many since the policy itself is impugned in this proceeding, not simply the application by the respondent of the policy to the facts of this particular complaint. In the circumstances, I find that the balance of convenience does not favour the applicant.

There remains the question of the third relief requested, the release of certain material to the applicant. Issues of "irreparable harm" and "balance of convenience" in relation to this relief are very much in the hands of the respondent.

Counsel for the respondent interpreted this requested relief as a written request for material pursuant to Rule 1612 [as enacted by SOR/92-43, s. 19] of the *Federal Court Rules* and therefore produced what he considered to be all the material relevant to the request at the hearing in a sealed envelope for review by the Court, thereafter to be dealt with as the Court saw fit. With great respect, I do not interpret the applicant's request for relief the same way. It is clear to me that, if a stay of the harassment process being conducted by the respondent were not granted, the applicant regards the requested material as essen-

probablement manquement fondamental à l'obligation d'équité faute d'injonction. Dans le cas contraire, l'intimé ne souffrirait que d'un inconvénient mineur, pour autant que je puisse en juger. Cependant on ne saurait passer sous silence l'inconvénient dont souffrirait la plaignante, et je n'ai été saisi d'aucune preuve établissant qu'elle éprouve quelque appréhension au sujet de l'équité du processus de traitement de sa plainte ou craint que si ce processus se déroule normalement jusqu'à sa conclusion, le résultat n'en soit inique. Par contre, si une ordonnance provisoire est rendue, assurant le maintien de l'état actuel de tension et d'incertitude, il n'est pas difficile de conclure qu'elle souffrirait d'un surcroît d'inconvénient considérable. Il y a aussi l'intérêt général, qu'il faut prendre en considération. Je ne peux estimer le nombre de plaintes de harcèlement en cours d'enquête dans la fonction publique, sous le régime de la politique du Conseil du Trésor ou d'une version adaptée aux conditions particulières de tel ou tel ministère ou organisme gouvernemental. Je soupçonne qu'il y en a un grand nombre. Quel que soit ce nombre, je crains qu'une ordonnance provisoire en l'espèce ne produise l'effet d'une douche froide sur toutes les enquêtes, au grand dam de nombreux plaignants et plaignantes, puisque la requête en instance attaque la politique elle-même, non seulement l'application qu'en a faite l'intimé aux faits de la cause. Dans ce contexte, je conclus que la balance des inconvénients ne favorise pas le requérant.

Reste à examiner le troisième chef de demande, savoir la communication de certains documents au requérant. À cet égard, les questions de «préjudice irréparable» et de «balance des inconvénients» dépendent surtout de l'intimé.

L'avocat de l'intimé, voyant dans ce chef de demande une demande écrite de pièces sous le régime de la Règle 1612 [éditée par DORS/92-43, art. 19] des *Règles de la Cour fédérale*, a produit à l'audience et sous pli scellé, ce qu'il considérait comme toutes les pièces se rapportant à la requête, afin que la Cour puisse les examiner et décider elle-même selon qu'elle le juge juste. Je n'interprète pas de la même manière ce chef de demande du requérant. Il m'apparaît clairement qu'en l'absence d'une ordonnance portant suspension du processus d'enquête de l'intimé sur la plainte de harcèlement, le

tial if a resumed process before the respondent was to meet one of the elements of a fairness test, that is, the right of one of the parties to know the details of the case made against him. Thus, the request for the material is not simply for use in relation to these proceedings. For that reason, I refused to accept the material tendered by counsel for the respondent.

But that is not the end of the matter. Proceedings before the respondent may well be resumed and, indeed, completed before the application for judicial review is finally dealt with since I do not propose to order a stay. On the face of it, the materials requested on behalf of the applicant would appear to me to be materials obtained or compiled specifically for the purpose of this harassment complaint. If I am right in this, they fall squarely within the terms of paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 and may, and in my opinion should, if they are to be used by the respondent in further consideration of the harassment complaint, be released to both parties to that complaint. The Treasury Board policy cannot be relied on as a defence to full sharing of information proposed to be used by a person such as the respondent in reaching a final disposition of the complaint. It is true that the policy provides that parties have the right to be kept informed throughout the process "subject to both the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*" but I interpret that to mean subject to all of the provisions of those Acts including paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act*. If the material is not shared, and is used, as it likely already has been in the investigation process, that will be a matter that will undoubtedly come before this Court later in these proceedings.

I do not propose to order the production of the material requested because it is not clear to me that the applicant will suffer irreparable harm if I fail to do so or even that the balance of convenience favours my doing so, bearing in mind the "convenience" of those who provided information, possibly without warning that it might be shared. I leave the dilemma

requérant considère la communication des pièces demandées comme essentielle pour que la reprise de ce processus comporte l'un des éléments du critère d'équité, savoir le droit de l'une des parties de connaître les détails des faits relevés contre elle. Ainsi donc, les pièces demandées ne sont pas seulement destinées à servir en cet état de la cause. Pour cette raison, je n'accepterai pas les pièces produites par l'avocat de l'intimé.

Mais la question ne s'arrête pas là. L'enquête présidée par l'intimé pourrait bien reprendre et même se terminer avant que le recours en contrôle judiciaire ne soit finalement décidé, puisque je ne me propose pas d'en ordonner la suspension. À première vue, les pièces dont le requérant demande communication sont des documents expressément obtenus et compilés au sujet de la plainte de harcèlement. S'il en est ainsi, elles tombent dans le champ d'application de l'alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, et, si l'intimé compte s'en servir pour poursuivre l'enquête sur la plainte de harcèlement, il faut qu'elles soient communiquées à l'une et l'autre parties à la plainte. La politique du Conseil du Trésor ne saurait être invoquée à titre de moyen de défense contre la pleine communication des renseignements dont quelqu'un, comme l'intimé, compte se servir pour décider la plainte. Il est vrai que cette politique prévoit que les parties ont le droit d'être tenues au courant pendant toute la durée de la procédure «sous réserve de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*», mais j'interprète cette réserve comme embrassant toutes les dispositions de ces deux lois, y compris le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Si les pièces sont utilisées sans avoir été communiquées aux intéressés, comme cela a été probablement le cas dans la procédure d'enquête, cette question reviendra certainement devant la Cour dans le cours de l'instance.

Je ne me propose pas d'ordonner la production des pièces demandées parce que je ne suis pas certain que le requérant subira un préjudice irréparable si je ne l'ordonne pas, ou même que la balance des inconvénients le justifie, «inconvénients» s'entendant ici de l'inconvénient dont souffriraient ceux qui ont fourni les renseignements en cause, peut-être sans avoir été

to the respondent. If the material has been used or will be used, surely it must be shared unless extraordinary circumstances that have not been argued before me exist. If it has not been used and will not be used except to the extent that it has been shared, I foresee no breach of fairness. If it has been used and full sharing is not provided, the respondent must be prepared to defend the fairness of his process.

CONCLUSION

In the result, the three interim reliefs requested are not granted. The motion for interim relief is dismissed.

a
b
c
d
e
f
g
h
i
j
k
l
m
n
o
p
q
r
s
t
u
v
w
x
y
z
aa
ab
ac
ad
ae
af
ag
ah
ai
aj
ak
al
am
an
ao
ap
aq
ar
as
at
au
av
aw
ax
ay
az
ba
bb
bc
bd
be
bf
bg
bh
bi
bj
bk
bl
bm
bn
bo
bp
bq
br
bs
bt
bu
bv
bw
bx
by
bz
ca
cb
cc
cd
ce
cf
cg
ch
ci
cj
ck
cl
cm
cn
co
cp
cq
cr
cs
ct
cu
cv
cw
cx
cy
cz
da
db
dc
dd
de
df
dg
dh
di
dj
dk
dl
dm
dn
do
dp
dq
dr
ds
dt
du
dv
dw
dx
dy
dz
ea
eb
ec
ed
ee
ef
eg
eh
ei
ej
ek
el
em
en
eo
ep
eq
er
es
et
eu
ev
ew
ex
ey
ez
fa
fb
fc
fd
fe
ff
fg
fh
fi
fj
fk
fl
fm
fn
fo
fp
fq
fr
fs
ft
fu
fv
fw
fx
fy
fz
ga
gb
gc
gd
ge
gf
gg
gh
gi
gj
gk
gl
gm
gn
go
gp
gq
gr
gs
gt
gu
gv
gw
gx
gy
gz
ha
hb
hc
hd
he
hf
hg
hh
hi
hj
hk
hl
hm
hn
ho
hp
hq
hr
hs
ht
hu
hv
hw
hx
hy
hz
ia
ib
ic
id
ie
if
ig
ih
ii
ij
ik
il
im
in
io
ip
iq
ir
is
it
iu
iv
iw
ix
iy
iz
ja
jb
jc
jd
je
jf
jg
jh
ji
jj
jk
jl
jm
jn
jo
jp
jq
jr
js
jt
ju
jv
jw
jx
jy
jz
ka
kb
kc
kd
ke
kf
kg
kh
ki
kj
kk
kl
km
kn
ko
kp
kq
kr
ks
kt
ku
kv
kw
kx
ky
kz
la
lb
lc
ld
le
lf
lg
lh
li
lj
lk
ll
lm
ln
lo
lp
lq
lr
ls
lt
lu
lv
lw
lx
ly
lz
ma
mb
mc
md
me
mf
mg
mh
mi
mj
mk
ml
mm
mn
mo
mp
mq
mr
ms
mt
mu
mv
mw
mx
my
mz
na
nb
nc
nd
ne
nf
ng
nh
ni
nj
nk
nl
nm
nn
no
np
nq
nr
ns
nt
nu
nv
nw
nx
ny
nz
oa
ob
oc
od
oe
of
og
oh
oi
oj
ok
ol
om
on
oo
op
oq
or
os
ot
ou
ov
ow
ox
oy
oz
pa
pb
pc
pd
pe
pf
pg
ph
pi
pj
pk
pl
pm
pn
po
pp
pq
pr
ps
pt
pu
pv
pw
px
py
pz
qa
qb
qc
qd
qe
qf
qg
qh
qi
qj
qk
ql
qm
qn
qo
qp
qq
qr
qs
qt
qu
qv
qw
qx
qy
qz
ra
rb
rc
rd
re
rf
rg
rh
ri
rj
rk
rl
rm
rn
ro
rp
rq
rr
rs
rt
ru
rv
rw
rx
ry
rz
sa
sb
sc
sd
se
sf
sg
sh
si
sj
sk
sl
sm
sn
so
sp
sq
sr
ss
st
su
sv
sw
sx
sy
sz
ta
tb
tc
td
te
tf
tg
th
ti
tj
tk
tl
tm
tn
to
tp
tq
tr
ts
tt
tu
tv
tw
tx
ty
tz
ua
ub
uc
ud
ue
uf
ug
uh
ui
uj
uk
ul
um
un
uo
up
uq
ur
us
ut
uu
uv
uw
ux
uy
uz
va
vb
vc
vd
ve
vf
vg
vh
vi
vj
vk
vl
vm
vn
vo
vp
vq
vr
vs
vt
vu
vv
vw
vx
vy
vz
wa
wb
wc
wd
we
wf
wg
wh
wi
wj
wk
wl
wm
wn
wo
wp
wq
wr
ws
wt
wu
wv
ww
wx
wy
wz
xa
xb
xc
xd
xe
xf
xg
xh
xi
xj
xk
xl
xm
xn
xo
xp
xq
xr
xs
xt
xu
xv
xw
xx
xy
xz
ya
yb
yc
yd
ye
yf
yg
yh
yi
yj
yk
yl
ym
yn
yo
yp
yq
yr
ys
yt
yu
yv
yw
yx
yy
yz
za
zb
zc
zd
ze
zf
zg
zh
zi
zj
zk
zl
zm
zn
zo
zp
zq
zr
zs
zt
zu
zv
zw
zx
zy
zz

CONCLUSION

Par tous ces motifs, la Cour ne fait pas droit aux trois chefs de demande figurant dans la requête en mesures provisoires, laquelle est rejetée.

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.

ACCESS TO INFORMATION

Application to review Information Commissioner's decision upholding respondent's decision not to release information requested by applicant on ground information exempt from disclosure as confidential financial, commercial, scientific or technical information supplied to government institution by third party and treated consistently in confidential manner—Applicant seeking release of consultants' reports submitted to respondent Agency by third parties applying for funding for hotel projects—Financial assistance application forms specifically providing "All information provided will be kept confidential"—Respondent consistently treating information as confidential—Express prohibition in each report against Agency disclosing reports without consultants' consent—Reports submitted on understanding would be kept confidential—Companies consistently treating report in confidential manner—Application dismissed—Information confidential within s. 20(1)(b)—Information relating to planned, projected commercial operations of third parties—Not available from any other source—Communicated with reasonable expectation would not be disclosed—Consistently treated by third parties as confidential—Public interest in fostering confidential nature of relationship with third party—Any portions not containing confidential commercial or financial information not severable as constituting such minimal portion of entire reports that release not reasonable—Nor would release be reasonably related to purposes for which information requested—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 20, 25, 41, 47, 53.

KEDDY V. CANADA (PRESIDENT OF ATLANTIC CANADA OPPORTUNITIES AGENCY) (T-2296-91, MacKay J., order dated 11/8/93, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Application for prohibition to prevent respondent from removing applicant from Canada—Applicant, Jamaican, married Canadian citizen who sponsored application for landing—Although recommended for and granted exemption from normal visa requirements, not so advised—Living with common

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

law spouse prior to conviction, sentencing to penitentiary for robbery—Deportation ordered as member of inadmissible class—Application for leave to seek judicial review of decision to issue deportation order not yet dealt with—Deportation imminent at time of hearing—Applicant arguing irreparable harm in that had application for landing been perfected before conviction, inquiry following sentencing subject to Immigration and Refugee Board review—Board possibly authorizing voluntary removal, instead of deportation, in which case eligible to return in 12 months without ministerial approval—Also arguing separation from common law wife constituting irreparable harm—Application dismissed—No irreparable harm if deported—Irreparable harm cannot be based on mere speculation—Personal difficulties not constituting irreparable harm—No basis for application of doctrine of legitimate expectation as applicant, not having learned of decision to exempt him from normal visa requirements, could not have had expectations of being granted permanent resident status—If application for leave granted, respondent unable to argue matter moot because deportation order executed—Respondent responsible for returning applicant to Canada for any further inquiry concerning eligibility to remain in Canada—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27, 164.

BROWN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1717, MacKay J., order dated 11/8/93, 5 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision applicant not having right to come into or remain in Canada and of conditional deportation order—Applicant claiming Convention refugee status upon arrival from El Salvador in 1987—When claim rejected, applied for redetermination—Married Canadian citizen who gave undertaking of assistance—Application for permanent residence disclosing 1984 conviction for assaulting police officer outside Canada—Application for redetermination of refugee claim withdrawn—Recommendation for Order in Council exempting applicant from requirements of s. 9(1) i.e. authority for applicant to apply for permanent residence from within Canada, indicating case being "processed favourably"—Words "all other necessary requirements have been met including Security if necessary" deleted—Order in Council issued—Immigration officer concluding conviction rendering applicant inadmissi-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

ble, and reporting to Deputy Minister under ss. 27(2)(a), 19(2)(a), although report not further pursued—In 1991 applicant convicted of sexual assault in British Columbia—Giving rise to Immigration Act, ss. 27(2)(a),(d), 19(1)(c) report, in turn giving rise to proceedings resulting in decision under review—Application dismissed—*Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 337 (T.D.) distinguished—Combination of words and deletion leaving it open to Department to verify accuracy of information provided by applicant, pursue detailed information to supplement information provided by applicant before confirming all requirements met—Information provided by applicant about earlier conviction outside Canada not fully assessed at time of submission to Governor in Council—Further investigation leading to conclusion conviction rendering applicant inadmissible to Canada—Information upon which recommendation for Order in Council based inaccurate or insufficient—Basis for refusal to continue to process application for landing need not be found in post-Order in Council conviction in Canada—Application statute barred by earlier conviction and Order in Council not overriding statutory bar—Following subsequent conviction in 1991, Adjudicator correct in proceeding under Immigration Act, s. 27(2) instead of s. 27(1) since applicant person in Canada other than citizen or permanent resident—Doctrines of estoppel, legitimate expectations not applicable—Officials obliged to apply law—If expectations built inappropriately, applicant's recourse not extending to authorizing officials to act otherwise than in accordance with statutory duty—As applicant not granted landing and no obligation to grant him landing, Adjudicator required to proceed with inquiry pursuant to s. 27(2)—Conditional deportation order in accordance with law—Deputy Minister having choice to proceed on basis of offence committed within Canada for which applicant convicted after Order in Council issues rather than to proceed on basis of earlier report under s. 19(2)(a) in respect of offence committed outside Canada—Whichever report relied upon, inquiry properly conducted under s. 27(2) since applicant not Canadian citizen or permanent resident—Applicant effectively barred at all relevant times by s. 19(2)(a)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9, 19, 27.

ESCAMILLA V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (IMM-1320-93, Gibson J., order dated 2/9/93, 13 pp.)

Removal of Visitors

Application for stay of removal pending disposition of application for leave and for judicial review of denial of exemption on humanitarian and compassionate grounds from visa requirement of Immigration Act, s. 9(1)—Applicant arriving in Canada from Nicaragua where had been active in anti-Sandinista contra movement—Convention refugee claim found to lack credible basis—Application for humanitarian and compassionate exemption supported by documentary evidence concerning extra-judicial treatment, including executions of contra members returned to Nicaragua—Also submitting psychiatric evidence of fragile psychological condition, extending to serious suicidal intentions if faced with deportation to Nicaragua—Not interviewed—No reasons ever given for denial of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

humanitarian application—Application allowed—All three requirements in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 86 N.R. 302 (F.C.A.) met—Serious issue of procedural fairness raised—Removal from Canada could result in serious and irreversible harm to applicant given precarious state of mind—As only inconvenience to respondent that of minimal delay in removing applicant should application for leave and judicial review not be granted, balance of convenience favouring applicant—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9, 114—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 51.

GARCIA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-3574-93, Dubé J., order dated 16/7/93, 5 pp.)

Application to set aside decision of visa officer—Whether procedural fairness of Immigration Act and Regulations require visa officer to apprise applicant of option to have applicant's spouse assessed in occupation which spouse intends to pursue in Canada—Applicant only person seeking landing—No implied application by applicant's wife—Use of words "or" and "at the option of the immigrant" in Immigration Regulations, 1978, s. 8(1)(a), indicating responsibility of applicant to designate who will be assessed—Decision of visa officer to refuse application without assessing applicant's wife in intended occupation neither unreasonable nor error of jurisdiction—Application dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 8(1)(a).

NANJI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1749-92, McKeown J., order dated 6/8/93, 3 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision determining applicant not Convention refugee—Reasons for Board's decision signed by only one of two members hearing claim, contrary to provisions of Immigration Act, s. 69.1—Duty to give written reasons mandatory—No indication of agreement with reasons by other member—Failure by one member to give reasons constituting fundamental flaw as duty to give reasons extends to both members hearing claim—Absence of reasons emanating from one of members hearing claim having direct impact on applicant's right to seek and obtain judicial review—No disclosure of facts to trigger application of deeming provision contained in Act, s. 63(2)—Importance of complying with quorum requirements noted by Federal Court of Appeal in *IBM Canada Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise*, [1992] 1 F.C. 663—No evidence member in question participated in elaboration of reasons stated for rejecting claim or concurred with them—Reasons for decision issued by only one of two members hearing claim—Decision quashed—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 63 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18), 69.1 (as enacted *idem*).

MEHAEL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1534-92, Noël J., order dated 23/8/93, 4 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

JUDICIAL REVIEW

Appeal from decision of Refugee Division—Counsel for appellants, relying on Supreme Court judgment *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, argued Refugee Division made error in not ruling on appellants' political views or examining political basis of their claim—Appellants submitted claim to Refugee Division based on fear of persecution as members of particular social group and properly dismissed by tribunal—*Refugee Division cannot be faulted for not deciding issue not argued and that did not emerge perceptibly from evidence presented as a whole*—In *Ward*, applicant's action of helping to free hostages in his custody was a political one and there was evidence to this effect in record, which could not be said in case at bar—Refugee Division made no error justifying intervention by Court—*Appeal dismissed*.

GUJARDO-ESPINOZA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-304-92, Létourneau J.A., judgment dated 5/8/93, 5 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Iraq, of Kurdish origin, claiming Convention refugee status on basis of fear of persecution in homeland—Board finding Internal Flight Alternative (IFA) open to applicant in northern Iraq under control of Kurds—Applicant having no fear of persecution by fellow Kurds—Board concluding applicant could return to northern Iraq (Kurdistan) without fear of persecution by authorities there—Conclusion based on assessment of change in circumstances in Iraq since applicant fled—Board not ignoring evidence before it—Conclusions from that evidence cannot be said to be unreasonable—Conclusions reached by Board open to it in proper exercise of discretion in considering evidence before it—*Board's decision cannot be said to be based on findings of fact made in perverse or capricious manner, or without regard to material before it*—Application dismissed.

TAWFIK V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (93-A-311, MacKay J., order dated 23/8/93, 5 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Application to quash refusal of request for reconsideration of application for compassionate and humanitarian consideration pursuant to Immigration Act, s. 114(2) and for order directing respondent to reconsider applicant's request in manner consistent with purposes of Act and guidelines—Applicant, citizen of Somalia, fleeing to Kenya with wife and child in 1987—Arriving in Canada in 1989, leaving family in Kenya—Upon determination not Convention refugee, requested admission to Canada as permanent resident pursuant to s. 114(2)—Refusal based on consideration of whether applicant would be at greater risk than anyone else in general population under prevailing country conditions—Application allowed—Given available literature on civil violence in Somalia, and Minister of Employment and Immigration's statement that of remaining 6 million Somalies, 1.5 million on verge of starvation and 3

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

million in desperate need, by requiring applicant to be at greater risk than anyone else in Somali population, respondent's officials fettering own discretion by imposing rigid requirement inconsistent with intent of Immigration Act and ministerial policy—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

MUSE V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (93-T-52, Pinard J., judgment dated 17/8/93, 3 pp.)

Application for judicial review of Refugee Division decision applicant not Convention refugee as excluded by United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1 F (a) and (c)—With respect to Art. 1 F (c), Refugee Division reasonably concluding applicant not Convention refugee as guilty of acts contrary to purposes and principles of United Nations—No reason to limit application of Art. 1 F (c) to persons in power—Art. 1 F not permitting weighing of offence and risk of persecution, purporting to exclude certain persons even if genuinely at risk of persecution—Application dismissed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1 F (a), (c).

PUSHPANATHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-240-93, McKeown J., order dated 3/9/93, 2 pp.)

Application to review Convention Refugee Determination Division decision applicants not Convention refugees—Applicants, from El Salvador, fearing persecution based on political opinion, membership in particular social group—Wife's fear of persecution based entirely on feared consequences for husband—CRDD holding mere speculation armed men visiting applicant's parents' home to enquire about applicant's whereabouts in army, and even if army looking for him, no evidence as to why army looking for him—Also holding individuals at risk prior to peace agreement no longer at risk if returned to El Salvador—Application dismissed—Overstatement to say evidence it was army looking for applicant speculation, but such evidence based on logic and deduction—Reasonable inferences could be drawn as to why army might be looking for applicant—Sufficient ground on which to form subjective fear of persecution, but sufficient justification for CRDD to conclude not well-founded objective basis for claim—*Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302 (C.A.), wherein held presumption of truth when applicant swears to truth of matters unless reason to doubt truthfulness, distinguished—Presumption of truth applying to allegations of fact, not to speculative conclusion drawn from those facts—No obligation on CRDD to accept sworn allegations as true, even though credibility not in question, where allegations in nature of speculative conclusion, regardless of whether speculation well-founded—CRDD's conclusion as to changed circumstances in country of origin reasonably open to it based on all evidence end of matter—Not required to include more detailed analysis of conflicting evidence in respect of change of circumstances in reasons in each such case as such burden soon unsupportable—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

HERCULES V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (IMM-1196-93, Gibson J., order dated 25/8/93, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Appeal from Immigration and Refugee Board decision applicant not Convention refugee—Testimony reciting incidents of discrimination, possibly harassment, but Board holding not serious or systematic enough to be characterized as persecution, or to lead to conclusion serious possibility of persecution in future—Appeal dismissed—Dividing line between persecution and discrimination or harassment difficult to establish, particularly since findings discrimination may amount to persecution in refugee law context—Identification of persecution behind incidents of discrimination or harassment not purely question of fact, but mixed question of law and fact, involving legal concepts—Board must draw conclusion in particular factual context by proceeding with careful analysis of evidence adduced and proper balancing of various elements contained therein—Court's intervention not warranted unless Board's conclusion capricious or unreasonable—Board's conclusion in factual context not capricious or unreasonable.

SAGHARICHI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-169-91, Marceau J.A., judgment dated 5/8/93, 3 pp.)

Application to review credible basis tribunal decision respondent establishing credible basis for Convention refugee claim—Immigration Act, s. 46(3) providing tribunal shall afford claimant and Minister reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations—Minister's representative seeking to impeach respondent's credibility during hearing by cross-examining him on document containing statements allegedly made by respondent to immigration officer upon arrival in Canada and declaration signed by respondent at time made alleged statements taken from file in his possession—First document neither signed nor dated—Minister's representative, believing statements contradicting testimony given at hearing, seeking opportunity to test respondent's credibility by reference to them—Tribunal ruling admission of documents condition precedent to exercise of right to cross-examine without examining either document—Ruling statements inadmissible since undated, unsigned even though strong indications containing relevant information—Application allowed—Claimant's credibility central to determination credible basis tribunal required to make—Tribunal's ruling depriving Minister of s. 46(3) right and preventing him from discharging legal duty to cross-examine to demonstrate, if possible, respondent not credible witness—Statements containing relevant information—Relevant evidence always admissible unless rendered inadmissible by exclusionary rule—No such rule invoked here—Tribunal ought to have admitted documents—Once admitted within tribunal's competence to assess weight—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. BOAMPONG (A-1219-91, Isaac C.J., judgment dated 6/5/93, 5 pp.)

Application to set aside Refugee Board decision applicant not Convention refugee—Applicant, male citizen from People's Republic of China, claiming refugee status on grounds of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

political opinion—Leave for application for judicial review of Board's decision granted by Federal Court of Appeal—Board concluding applicant's fear of persecution not well-founded—Applicant and wife fined after birth of second child—Applicant again fined in 1990 for concealing third pregnancy—Fines not paid—Penalties imposed on applicant for violating law with respect to having children—Economic sanctions, as means to enforce compliance with law, not amounting to persecution—Applicant not deprived of right to earn livelihood so as to constitute persecution—No violation of applicant's security—Application dismissed.

LIN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (93-A-142, Rouleau J., order dated 30/7/93, 4 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Equality Rights

Action for damages said to represent net amounts payable to plaintiffs under Western Grain Stabilization Act—Plaintiffs resident of North Dakota in United States—As grain producers, plaintiffs required to market grain through Canadian Wheat Board and to pay Canadian income tax on Canadian income—Benefits for individual grain producers limited to Canadian citizens or landed immigrants under Act, s. 7(1)—Plaintiffs claiming payouts for crop years 1985-86, 1986-87, 1987-88 under Act as amended—Whether Act, s. 7(1) abridgment of equality rights protected by Charter, s. 15(1)—If so, whether justifiable as "reasonable limit" permitted by Charter, s. 1—Burden on plaintiff to show impugned law discriminatory—Plaintiffs not belonging to group defined by criteria analogous to those specified in s. 15(1)—No evidence of being "discrete and insular minority" having suffered historically from stereotyping or otherwise in Canadian society—Discrimination involving distinctions based on irrelevant personal characteristics—Nature and purpose of legislation must be looked at to determine whether characteristic irrelevant—Distinctions drawn by Parliament in targeting beneficiaries of subsidy program cannot be characterized as discriminatory—Act, s. 7(1) not constituting "discrimination" against plaintiffs within meaning of Charter, s. 15(1)—Provision justified by Charter, s. 1—Apparent objective of Parliament in enacting s. 7(1) "pressing and substantial" as designed to limit benefits of subsidy programme to those with substantial connection to Canada through citizenship or permanent residence—Action dismissed—Western Grain Stabilization Act, S.C. 1974-75-76, c. 87, s. 7(1)—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, 15(1).

PETERSON V. CANADA (T-3176-91, Strayer J., judgment dated 4/8/93, 14 pp.)

CROWN

CONTRACTS

Application for judicial review seeking *mandamus*, prohibition and declaratory relief in respect of decision by Public Works Canada (PWC) to build bridge between Prince Edward Island and New Brunswick—Applicant also requesting declaration agreement between federal government and respondents Strait Crossing Inc. (SCI) and Strait Crossing Development Corp. (SCI) unconstitutional until Prince Edward Island Terms of Union amended pursuant to Constitution Act, 1982—Project established by PWC in January 1987 to study feasibility of fixed crossing and identify and select preferred option in concert with Governments of Prince Edward Island and New Brunswick—Guidelines Order applying to fixed link as project addressing environmental concerns—Reed J. holding (a) no determination made by PWC under Guidelines Order, s. 12 concerning SCI proposal for construction and operation of Bridge; (b) discontinuance of existing ferry service would contravene existing Prince Edward Island Terms of Union—PWC, as “initiating department”, deciding potentially adverse environmental effects caused by SCI proposal insignificant or mitigable with known technology within Guidelines Order, s. 12(c)—Decision attacked by applicant on several grounds—Bill C-110 authorizing PWC to enter into agreement with SCI—Initial assessment under Guidelines Order, s. 10 and determination under s. 12 complying with Reed J.’s order, consistent with requirements of Guidelines Order—Full evidentiary record on which to make impact predictions and to base s. 12 determination—Self-assessing decision arrived at with all objectivity necessary—Onus not satisfied by applicant to justify intervention by Court—PWC decision not made without regard to relevant factors, reasonable basis for it—Effects found by PWC not environmental impacts but socio-economic effects, not required to be assessed under s. 12—Provisions outlined in Guidelines Order, s. 12(e) not part and parcel of determination under s. 12(c)—Resolution passed by legislature of PEI to amend Prince Edward Island Terms of Union so as to allow substitution of fixed link for efficient steam service guaranteed in Terms of Union and to allow for collection of tolls—Bill C-110 authorizing Minister of Public Works to enter into contract for construction of fixed link on certain terms and conditions—Validity of Bill C-110 not at issue—Mere promise by government to enact legislation in future unenforceable either by contract or estoppel—Applicant having standing to raise constitutional issues raised in application—Question of prematurity or “ripeness” raised by respondents as discretionary bar to application—No agreement before Court to determine constitutional validity of covenant binding on federal government—Possible procurement of harm merely speculative—Intended date of substantial completion date on which Government of Canada intends on stopping ferry service—Cessation of ferry service clearly intended to be condition or term of agreement—Argument not premature—Crown having power of natural person to enter into contracts—Not having power to bind itself to breach of supreme law of land, namely Constitution—No statutory authority necessary to enable Crown to enter into contract—Contract cannot unilaterally amend Constitution—Crown’s power to contract not restricted by same limits as apply to exercise of legislative powers—Minister of Crown cannot undertake course of action inconsistent with Constitution Act, 1982—Constitution cannot be circumvented

CROWN—Concluded

by having executive enter into contract to do something not within Constitution or protected under Constitution—Nothing inherently unconstitutional about building bridge or entering into contract to build bridge—PWC and SCI not proposing to enter into agreement to violate Constitution—No breach of Constitution if bridge built and no amendment in place, as long as ferry continues to run—Discontinuance of ferry service requiring amendment to Prince Edward Island Terms of Union—Penalty clause amounting to \$1.5 billion if new government fails to amend Constitution—Constitution applicable to agreement—Nothing unconstitutional about PWC and SCI entering into agreement to build bridge, if undertaking to amend Constitution prior to discontinuance of ferry service—Application dismissed—Environmental Assessment Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 10, 12, 15—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

FRIENDS OF THE ISLAND INC. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T-1394-93, Cullen J., order dated 12/8/93, 88 pp.)

ENVIRONMENT

First application seeking writ of *mandamus* requiring Minister of Transport to implement recommendations of environmental review panel—Whether Minister has legal obligation to implement recommendations—Second application seeking writ of *mandamus* compelling Minister to decide extent to which recommendations should become responsibility of Canadian Government—Whether undue delay on part of Minister justifying writ of *mandamus*—Approval granted by Minister of Transport to construct Oldman River Dam under Navigable Waters Protection Act, s. 5(1)—Approval quashed by Federal Court of Appeal—Environmental assessment panel appointed by Minister of Environment under EARP Guidelines to evaluate and make recommendations on design and safety of Oldman River Dam—Report of panel issued on May 21, 1992—Report recommending decommissioning of project or operating of project subject to conditions set forth by Federal Government—Minister of Transport rejecting option of decommissioning dam—Review of recommendations indicating extensive and detailed approach to mitigating effects on environment—No binding decisions made by Minister as to details of recommendations associated with operating dam—No legal duty of implementation on Minister of Transport—Review of evidence not disclosing declining of jurisdiction by Minister—No evidence of refusal to issue conditions related to operation of dam—Guidelines Order, s. 33 fixing no time limits within which decisions are to be made—Case law indicating decisions must be made within reasonable time—Approximately fourteen months have elapsed since issuance of environmental assessment panel’s recommendations—No delay by Minister of Transport to date which could be characterized as unreasonable—*Mandamus* to compel Minister of Transport to make decisions under Guidelines Order, s. 33(1)(c) not warranted—Obligation on respondents to move matter forward—Applications dismissed—Environmental

ENVIRONMENT—Concluded

Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 14, 33.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY V. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-101-93, Rothstein J., order dated 23/7/93, 15 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeal from Trial Division's judgment ((1990), 38 F.T.R. 119 (F.C.T.D.)) allowing appeal from Tax Court decision ([1989] 1 C.T.C. 2122 (T.C.C.)) dismissing respondent's appeal from 1981 income tax assessment—Whether sum of \$55,000, loan made to respondent during said taxation year, to be included in computing income under Income Tax Act, s. 15(2)—S. 15(2) applies not only to loans made to shareholders as shareholders but also to loans made in ordinary course of business to employees being shareholders—S. 15(2) not requiring taxpayer to be shareholder of lender—Taxpayer must be shareholder either of lender or of company related to it—Trial Division clearly wrong in concluding second condition prescribed for application of s. 15(2)(a)(ii) met—Loan not to be reimbursed within reasonable time as arrangements made at time of loan not determining with certainty deadline for reimbursement—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 15(2) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8; 1980-81-82-83, c. 48, s. 7).

SILDEN V. CANADA (A-1122-90, Pratte J.A., judgment dated 25/6/93, 5 pp.)

Deductions

Appeal from two reassessments in respect of plaintiff's 1974 and 1975 taxation years—Plaintiff company created by way of amalgamation pursuant to corporate laws of Alberta—BATA and PAN OCEAN engaged in acquisition, exploration and development of interests in oil, gas and other minerals—Merger realized in four steps—Pan Ocean Oil Ltd. (POOL), together with others, purchasing shares of group of companies known as Dynamic Companies—Plaintiff company formed by statutory amalgamation of POOL and Pan Ocean (Alberta) Ltd. "ALBERTA" pursuant to provisions of Alberta Companies Act—Whether, in computing income for 1974 and 1975 taxation years, plaintiff entitled to deduct Canadian exploration and development expenses incurred by Dynamic Companies before 1972 taxation and deductible by POOL as second successor corporation, and whether amalgamation of POOL and ALBERTA resulted in plaintiff being third successor corporation and therefore disentitled to deductions—Income Tax Act, s. 87 applying to amalgamation of POOL and ALBERTA—Under Act, ss. 66(6) to 66(9), known as "successor rules", successor corporation and second successor corporation entitled to deduct, within limits prescribed, unused deductions of predecessor corporation—At corporate law, amalgamation transaction not constituting acquisition—Plaintiff's right to make deductions maintained unless specifically prohibited by Act, ss. 66(6),(7) and 87(1),(2),(6)—S. 66(6), (7) having no application here as successor rules apply only to acquisition of prop-

INCOME TAX—Concluded

erty and transactions herein not acquisition of property—Plaintiff entitled to same resource expense deductions as was POOL—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 66(6),(7), 87(1),(2),(6)—Alberta Companies Act, R.S.A. 1970, c. 60.

PAN OCEAN OIL LTD. V. CANADA (T-239-80, Jerome A.C.J., judgment dated 30/7/93, 14 pp.)

Appeal from Minister's assessment in respect of Gulf Canada Square for taxation year 1980—Whether Gulf Canada Square Building in Calgary owned by plaintiff, Gulf Canada Resources Limited (GCL), "rental property" under Income Tax Regulations, s. 1100(14)—GCL treating building for income tax purposes in 1980 as other than "rental property", deducting from income \$3,212,069 as capital cost allowance in respect of building—Minister reassessing GCL on basis building "rental property"—Decision to construct Gulf Canada Square made for purpose of housing all Gulf Calgary employees in one building—Decision made in 1977, almost two years before incorporation of Gulf Canada Resources Inc. (GCRI) when all Gulf business activity conducted by GCL—Incorporation of GCRI as separate legal entity having no impact on building decision—Forty-five percent of building leased to G & C Realty Limited used for purpose of producing rent—According to IT-195R4, property used principally for purpose of producing rent if more than fifty percent of total area rented—S. 1100(14), IT-195R4 requiring consideration of quantitative and qualitative approaches—Under qualitative approach, owner's main purpose in using property in taxation year must be considered—Quantitative approach considering proportion of building used to produce rent—Purpose of s. 1100(14) to restrict taxpayers from using capital cost allowance on real property, essentially buildings, to shelter unrelated business income—Qualitative assessment addressing question of whether building used by GCL to produce rent or for another purpose—GCL's premises in building not used to produce rent—Purpose of housing all Gulf Calgary employees in Gulf Canada Square related to efficiency—Only forty-five percent used for purpose of producing rent—Gulf Canada Square not used by GCL principally for purpose of producing rent in 1980, therefore not "rental property" under Regulations, s. 1100(14)—Appeal allowed—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1100(14).

GULF CANADA RESOURCES LTD. V. CANADA (T-2076-89, Rothstein J., judgment dated 26/7/93, 18 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Appeal from trial judgment, ([1992] 1 F.C. D-45), finding in favour of respondents in action for damages resulting from sinking of barge—Appellants agreeing to tow barge to Florida—Towing contract containing standard towing conditions including exculpatory clauses—Prior to tow, discovering water in hold no. 1—Appellant undertaking to arrange for necessary repairs—Inspection after repairs satisfying appellant's shore

MARITIME LAW—Continued

engineer and tug captain barge fit to tow—Barge capsizing without warning in moderate sea and moderate breeze—Trial Judge concluding (1) faulty repairs undertaken by appellants most probable cause of loss; (2) repair contract distinct from towage contract; (3) exculpatory clauses in towage contract not applying to repair contract—Appeal dismissed re: liability; granted re: quantum—(1) Trial Judge should make finding on balance of probabilities how loss most likely happened when enough known, either directly or indirectly, about circumstances—No clear, palpable overriding error as to cause of loss—(2) Whether one or two contracts, exculpatory clauses not applying to repair work done by appellants—Incorporated in towage contract at time when parties only contemplating service of towage and not aware repairs might be needed—By nature, purpose, terms, such clauses not generally applying to events unrelated to actual towage—Absent words to contrary, exculpatory clauses forming part of standard towing conditions not applying to services rendered before actual towage service commences—Towage service generally commences when tug begins operations, including hook-up, leading to actual towing—Distinguish work to have tow ready to be towed and operations, purpose of which to have tow towed—Former condition precedent to towage taking place; latter condition precedent to actual towage—Whatever language used in exculpatory clauses incorporated in towage contracts, and absent specific provision to contrary, such clauses not applicable to state of fact caused by negligence of tower and existing before or not associated with beginning of manoeuvres leading to commencement of towage—(3) Doctrine of equitable fraud based on respondents' failure to share material knowledge of barge's recent past and present situation not applicable on facts and in light of Trial Judge's findings—Respondents not giving any information as none requested, and as under impression from appellants' representatives water entering through leak which appellants could easily fix—No evidence appellants would have acted differently had it been fully apprised of facts allegedly misstated or withheld—Absent evidence misrepresentation material to conclusion of contract, doctrine not applying—(4) Contract of carriage providing cargo owner would insure cargo with waiver of subrogation against carrier—Appellant arguing should be identified with other respondents for purposes of immunity from suit because it became "carrier" when its tug replaced theirs—S.C.C. holding rule of privity of contract, according to which no one but parties to contract can be bound by or entitled under contract only departed from in cases of trust or agency—Evidence not supporting inference in entering contract other respondents acting as agents or as trustees for appellants—Appellants cannot invoke waiver of subrogation clause in its favour—(5) Subject to duty of mitigation, respondents entitled to claim value of replacement barge plus costs of adaptation and costs of transportation of replacement vessel to place of accident under principle of *restitutio in integrum*—Trial Judge erred in calculation of damages—Awarded value of barge on basis of price asked, but never received, for its sale and total expenses allegedly incurred to prepare for ocean service and preparation costs—Asking price cannot be sole criterion used to assess value of object—Preparation costs accepted by Trial Judge included costs incurred with respect to tug, costs related to hiring of captain who went on board tug neither of which related to preparation costs of barge—Expert's valuation of replacement costs including transportation costs—Trial

MARITIME LAW—Concluded

Judge erred in awarding transportation costs again—Value of actual loss, including replacement costs, preparation costs, transportation costs set at \$446,550.

ENGINE AND LEASING CO. V. ATLANTIC TOWING LTD.
(A-167-92, Décary J.A., judgment dated 21/7/93, 36 pp.)

NATIVE PEOPLES**ELECTIONS**

Application for determination of question of law whether person not elector of Sturgeon Lake Indian Band eligible to be candidate for and may be elected as chief of Band—Defendant Desjarlais elected as Chief of Band although neither elector within meaning of Indian Act, s. 2 nor member of Band or registered as Indian on Indian Register—Chief of Band and councillors distinguished under Act, ss. 74 to 79—Parliament not intending to extend eligibility requirements applicable to councillors to candidate for chief—Act, s. 74(3)(a)(i) providing effective safeguard against absurd results as chief of Band shall be elected by majority of votes of electors of Band—Principles enunciated by S.C.C. and advanced by applicants would be violated if Act, s. 75 interpreted by Court so as to vitiate democratic will of electors of Band—Question answered affirmatively—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), 74, 75.

STURGEON LAKE INDIAN BAND V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-984-92, Jerome A.C.J., determination of question of law dated 31/8/93, 7 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Application to file twice amended statement of claim—No allegation invention will not work as described—Only allegation persons may be harmed during operation of invention—Said allegation will not succeed on grounds of inutility—Application dismissed as not relevant, disclosing no reasonable defence under Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

HAUL-ALL EQUIPMENT LTD. V. SHANAHAN (T-3078-92, McKeown J., order dated 12/8/93, 2 pp.)

Appeal from order granting leave to use in another proceeding name and location of manufacturer and supplier of Fluoxetine Hydrochloride and from order sealing defendants' supplementary statement of fact and law—Patent infringement action—Plaintiffs obtaining interim injunctive relief in form of Anton Pillar order, ordering disclosure of defendants' sources of supply of drug—Judge reviewing Anton Pillar order directing preservation order to apply to certain information in affidavits supporting request for confidentiality—Further protective order issuing on consent wherein affidavits containing name, location of supplier and description of process to be sealed—Plaintiffs applying for interlocutory injunction preventing sale of drug pending outcome of patent infringe-

PATENTS—Concluded

ment action—Defendants filing supplementary statement of fact and law containing name of supplier and references to nature of process employed in response—Location of defendants' supplier revealed in reasons denying injunction—Inadvertently supplementary statement of fact and law filed unsealed on court record contrary to earlier orders directing such information be kept confidential—Appeal dismissed—Although implied undertaking information obtained on discovery to be used only for purposes of litigation for which obtained (*R. v. Ichi* (1991), 40 C.P.R. (3d) 119 (F.C.T.D.)), no implied undertaking attaching to materials filed with court voluntarily by way of affidavits or in statements of fact and law—Sealing order applied to documentation touching directly on issues of infringement, including specifics of formulas used, matters for determination by trial judge—Permitting information to again be public might be prejudicial to fair hearing—No evidence unsealed information discovered or used by anyone including litigants during time public having access to it—Heald J.A. (dissenting) holding Motions Judge erred in sealing supplementary statement of fact and law as order effectively making secret information which is no longer secret, is common knowledge and in public domain—Unjust to place plaintiffs in less advantageous position than members of public who perused public record and obtained copies of documentation when no restriction on availability to public—Order should not be allowed to stand.

ELI LILLY AND CO. v. INTERPHARM INC. (A-260-93, McDonald J.A., Heald J.A. (dissenting), judgment dated 27/7/93, 11 pp.)

PENITENTIARIES

Application to quash respondent's decision to terminate university program and for *mandamus* to compel respondent to maintain university courses at William Head Institution—Decision based on determination other programs deserving priority, and budgetary constraints—Inmates not consulted before decision made—Corrections and Conditional Release Act, s. 74 providing Service shall provide inmates with opportunity to contribute to decisions affecting inmate population as whole, except decisions affecting security matters—S. 76 requiring Service to provide range of programs to meet needs of offenders, contribute to successful reintegration into community—Discussions with inmates after decision made not sufficient compliance with s. 74—Opportunity to contribute must be afforded inmates before decision affecting them made—Decisions contemplated by s. 74 those relating to purpose of correctional system set out in s. 3—S. 3(b) providing provision of programs in penitentiaries to assist in rehabilitation of offenders for purpose of contributing to maintenance of just, peaceful and safe society—S. 4(c) providing respondent to communicate with offenders about such programs—University program at William Head part of educational program for inmates, introduction of which to assist in rehabilitation—Rehabilitation of inmates more likely to be achieved through use of educational programs such as university program than without them—Decisions affecting educational programs for inmates in penitentiaries contemplated by s. 74—In failing to provide

PENITENTIARIES—Concluded

inmates with opportunity to contribute to decision terminating university program, respondent failed to adhere to requirements of s. 74 and erred in law—Decision to terminate university program quashed—As no legal obligation on respondent to provide or maintain specific programs, no basis for *mandamus*—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 4, 74, 76.

WILLIAM HEAD INSTITUTION INMATE COMMITTEE v. CANADA (CORRECTIONS SERVICE) (T-828-93, Rothstein J., order dated 13/8/93, 6 pp.)

PRACTICE

Application for adjournment of hearing—Defendants concentrating energies on settlement efforts, neglecting preparations for hearing—Settlement negotiations fruitless—Plaintiff neither opposing nor consenting to adjournment—Hearing date set following consultation with both parties—Adjournment *sine die* granted so as not to prejudice litigants in effective and efficient conduct of litigation by unwarranted rigidity in process—Costs of motion fixed at \$500 payable in any event of cause to reinforce respect for system of fixing hearing dates well in advance after consultation with counsel—Convenience of counsel and solicitors not circumstance justifying adjournment without award of costs—Counsel should have prepared for both eventualities—Reference to *Zion Presbyterian Church, Charlottetown v. The Queen*, T-4082-80, Collier J., judgment dated 28/1/82, F.C.T.D., not reported, where in circumstances more beyond control of party similar order made and to *National Capital Commission v. Campeau*, T-1777-71, Thurlow A.C.J. (as he then was), judgment dated 6/1/76, F.C.T.D., not reported, where adjournment refused.

NORTHERN LIGHTS FITNESS PRODUCTS INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1299-92, Gibson J., order dated 7/6/93, 2 pp.)

COSTS

Application pursuant to RR. 344 and 345 asking Court to increase costs above agreed tariff on solicitor-client basis—Action for infringement brought by National Hockey League, which alleged it had copyright to N.H.L. trade marks and to trade marks of hockey clubs belonging to N.H.L.—Defendants argued N.H.L. not artificial person in Quebec and accordingly had no capacity to sue or bring action—Counsel for plaintiff gave certain undertakings which were fulfilled—Action brought by plaintiff neither frivolous nor vexatious and defendants did not establish any valid reason for award of costs on solicitor-client basis—Later only awarded in rare and exceptional circumstances—Since circumstances justify increase of costs beyond Tariff B, taxing officer should be given instructions to award such increase—Application allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344, 345.

NATIONAL HOCKEY LEAGUE v. SOCIÉTÉ DES LOTERIES ET COURSES DU QUÉBEC (T-194-91, Rouleau J., order dated 17/8/93, 5 pp.)

PRACTICE—Continued

JUDGMENTS AND ORDERS

Reversal or Variation

Application to set aside order dismissing application for extension of time to file originating motion to commence proceedings for judicial review—Application for leave completed in timely fashion in accord with Federal Court Immigration Rules—Notice of change of solicitors filed on behalf of applicant—New solicitor seeking to reverse order dated May 11, 1993—Grounds for reconsideration of matter said to be negligence of original solicitor in not filing originating motion within statutory time provided—New considerations now brought before Court by affidavit of applicant himself denying responsibility for delay—Discovery by applicant of delay by

PRACTICE—Concluded

previous counsel in applying for extension of time said to constitute “new matter” within meaning of R. 1733—Arguable issue warranting leave to commence proceedings for judicial review—Granting extension of time not adversely affecting interests of respondent—Failing to permit applicant to proceed even at late stage would adversely affect interests—Discretion in judge having made order in relation to procedural matters to vary or even to reverse original order as provided in R. 1733—Application granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1733.

GYAMFI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-776, MacKay J., order dated 9/8/93, 6 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.

ACCÈS À L'INFORMATION

Recours en révision de la décision par laquelle le commissaire à l'information a confirmé la décision de l'intimé de ne pas communiquer les renseignements demandés par le requérant pour le motif que ceux-ci étaient exemptés de la communication en tant que renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques confidentiels fournis à une institution fédérale par un tiers qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers—Le requérant a demandé la communication des rapports des experts-conseils présentés à l'Agence intimée par des tiers cherchant à faire financer leurs développements hôteliers—Les formules de demande d'aide financière stipulaient expressément que [TRADUCTION] «[T]ous les renseignements fournis demeurer[ai]ent confidentiels»—L'intimé a traité de façon constante les renseignements comme confidentiels—Une disposition expresse figurant dans chaque rapport empêche l'Agence de communiquer des renseignements sans l'autorisation des experts-conseils—Les rapports ont été soumis à condition de demeurer confidentiels—Les sociétés ont traité de façon constante les rapports comme confidentiels—Demande rejetée—Les renseignements sont confidentiels au sens de l'art. 20(1)b—Les renseignements se rapportent aux activités commerciales envisagées par les tiers—Ils ne peuvent être obtenus d'aucune autre source—Ils ont été communiqués dans l'attente raisonnable qu'ils ne seraient pas communiqués—Ils ont été traités de façon constante comme confidentiels par les tiers—L'intérêt public exige que les rapports de confidentialité soient préservés—Tout renseignement ne constituant pas un renseignement commercial ou financier confidentiel représente une fraction si minime des rapports dans leur ensemble qu'il ne serait pas raisonnable de communiquer—La communication ne pourrait pas non plus se rapporter raisonnablement aux fins auxquelles le renseignement a été demandé—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20, 25, 41, 47, 53.

KEDDY C. CANADA (PRÉSIDENT DE L'AGENCE DE PROMOTION ÉCONOMIQUE DU CANADA ATLANTIQUE) (T-2296-91, juge MacKay, ordonnance en date du 11-8-93, 9 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Demande de dépôt d'une déclaration deux fois modifiée—Il n'est pas allégué que l'invention n'est pas exploitée de la façon décrite—Il est uniquement allégué que des personnes peuvent être blessées au cours de l'exploitation de l'invention—Ladite alléguation ne sera pas retenue pour les motifs d'inutilité—Demande rejetée pour le motif qu'elle n'est pas pertinente et ne révèle aucune défense raisonnable en vertu de la Règle 419 des Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.

HAUL-ALL EQUIPMENT LTD. C. SHANAHAN (T-3078-92, juge McKeown, ordonnance en date du 12-8-93, 2 p.)

Appel de l'ordonnance accordant aux demanderesse l'autorisation d'utiliser dans une autre instance le nom et l'adresse du fabricant et fournisseur de chlorhydrate de fluoxétine et de l'ordonnance prévoyant que l'exposé additionnel des faits et du droit des défendeurs devait être scellé—Les demanderesse ont obtenu une injonction provisoire dans une ordonnance dite Anton Pillar, prévoyant la divulgation des sources d'approvisionnement du médicament des défendeurs—Le juge qui a examiné l'ordonnance dite Anton Pillar a statué qu'une ordonnance conservatoire s'appliquerait à certains renseignements contenus dans les affidavits produits à l'appui de la demande de confidentialité—Une autre ordonnance conservatoire a été rendue avec le consentement des parties, laquelle prévoyait que les affidavits renfermant le nom et l'adresse du fournisseur ainsi que la description du procédé devaient être scellés—Les demanderesse ont présenté une demande d'injonction interlocutoire interdisant la vente du médicament en attendant l'issue de l'action en contrefaçon de brevet—Les défendeurs ont déposé en réponse un exposé additionnel des faits et du droit indiquant le nom du fournisseur et parlant de la nature du procédé utilisé—L'adresse du fournisseur des défendeurs a été révélée dans les motifs refusant l'injonction—L'exposé additionnel des faits et du droit a par inadvertance été déposé dans le dossier du greffe sans avoir été scellé, en violation des ordonnances antérieures prévoyant que pareils renseignements devaient être gardés confidentiels—Appel rejeté—Il existe un engagement implicite que les renseignements obtenus lors de l'interrogatoire préalable seront utilisés aux seules fins du litige pour lequel ils ont été obtenus (*R. c. Ichi* (1991), 40 C.P.R. (3d) 119 (C.F. 1^{re} inst.)), mais il ne devrait exister

BREVETS—Fin

aucun engagement implicite dans le cas de documents déposés volontairement devant la Cour au moyen d'affidavits ou dans des exposés des faits et du droit—L'ordonnance prévoyant que soient scellés des documents portant directement sur la question de la contrefaçon, et notamment sur les détails des formules utilisées, relève du juge du procès—Si l'on permettait que les renseignements soient rendus publics encore une fois, on pourrait empêcher la tenue d'un procès équitable—Rien dans la preuve n'indique que les renseignements non scellés ont été communiqués ou utilisés par qui que ce soit, y compris les parties au litige, pendant la période où le public y a eu accès—Le juge Heald, J.C.A. (dissident) a statué que le juge des requêtes avait commis une erreur en faisant sceller l'exposé additionnel des faits et du droit puisque l'ordonnance a eu pour effet de rendre secrets des renseignements qui ne l'étaient plus, qui étaient connus de tous et qui faisaient partie du domaine public—Il est injuste de placer les demandereses dans une situation moins avantageuse que les personnes qui ont examiné le dossier public et ont obtenu des copies des documents en l'absence de restriction quant à l'accès du public—L'ordonnance ne devait pas être maintenue.

ELI LILLY AND CO. C. INTERPHARM INC. (A-260-93, juge McDonald, J.C.A., juge Heald, J.C.A. (dissident), jugement en date du 27-7-93, 8 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Appel d'une décision de la Section du statut de réfugié—Le procureur des appelants, en se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, a soutenu que la Section du statut a commis une erreur en ne statuant pas sur les opinions politiques des appelants ou en n'examinant pas le fondement politique de leur revendication—Les appelants ont présenté leur demande devant la Section du statut sur la base d'une crainte de persécution en tant que membres d'un groupe social particulier et elle fut à bon droit rejetée par le tribunal—On ne saurait reprocher à la Section du statut de ne pas s'être prononcée sur un motif qui n'avait pas été allégué et qui ne ressortait pas de façon perceptible de l'ensemble de la preuve faite—Dans l'arrêt *Ward*, le geste du requérant, c'est-à-dire le fait d'avoir aidé à libérer les otages dont il avait la garde, était un geste de nature politique et il y avait une preuve à cet effet au dossier, ce qui n'est pas le cas en l'espèce—La Section du statut de réfugié n'a commis aucune erreur qui justifie l'intervention de la Cour—Appel rejeté.

GUAJARDO-ESPINOZA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-304-92, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 5-8-93, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen irakien d'origine kurde, a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention pour le motif qu'il craignait d'être persécuté dans son pays d'origine—La Commission a conclu que le requérant pouvait se réfugier dans le

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—
Suite**

nord du pays, qui est soumis au contrôle des Kurdes—Le requérant ne craint pas d'être persécuté par ses compatriotes kurdes—La Commission a conclu que le requérant pouvait retourner dans le nord de l'Irak (le Kurdistan) sans craindre d'être persécuté par les autorités—Conclusion fondée sur l'évaluation des changements qui se sont produits en Irak depuis que le requérant s'est enfui—La Commission n'a pas omis de tenir compte de la preuve dont elle disposait—On ne peut pas dire que les conclusions fondées sur cette preuve sont déraisonnables—La Commission avait la faculté de tirer les conclusions qu'elle a tirées dans l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire qu'elle possédait d'examiner la preuve dont elle disposait—On ne peut pas dire que la décision de la Commission était fondée sur des conclusions de fait tirées d'une façon abusive et arbitraire, ou sans qu'il soit tenu compte des éléments dont elle disposait—Demande rejetée.

TAWFIK C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (93-A-311, juge MacKay, ordonnance en date du 23-8-93, 6 p.)

EXCLUSION ET RENVOI**Personnes non admissibles**

Demande en vue de l'obtention d'un bref de prohibition interdisant à l'intimé de renvoyer le requérant du Canada—Le requérant, qui est Jamaïcain, a épousé une citoyenne canadienne qui a parrainé la demande de droit d'établissement—Il a été recommandé d'accorder une exemption des exigences normales relatives aux visas, laquelle a été accordée, mais le requérant n'a pas été informé de la chose—Le requérant vivait avec une conjointe de fait avant d'être déclaré coupable de vol et d'être condamné à une peine d'emprisonnement dans un pénitencier—Le requérant a été frappé d'une mesure d'expulsion parce qu'il appartenait à une catégorie non admissible—La demande d'autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision de prendre la mesure d'expulsion n'a pas encore été entendue—L'expulsion était imminente à la date de l'audience—Le requérant soutient qu'il subira un préjudice irréparable en ce sens que si la demande de droit d'établissement avait été acceptée avant que la déclaration de culpabilité ne soit prononcée, l'enquête menée à la suite de la condamnation aurait pu faire l'objet d'un examen par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—La Commission aurait pu autoriser le départ volontaire du requérant au lieu d'ordonner son expulsion, auquel cas le requérant aurait pu revenir au Canada 12 mois plus tard, sans avoir besoin de l'approbation du ministre—Le requérant soutient également que la séparation de sa conjointe de fait constitue un préjudice irréparable—Demande rejetée—Le requérant ne subira aucun préjudice irréparable s'il est expulsé—Le préjudice irréparable ne peut pas être fondé sur une simple conjecture—Les difficultés personnelles ne constituent pas un préjudice irréparable—Rien ne permet d'appliquer la doctrine de l'expectative légitime puisque le requérant, n'ayant pas été informé de la décision de l'exempter des exigences normales relatives aux visas, ne pouvait pas s'attendre à obtenir le statut de résident permanent—S'il était fait droit à la demande d'autorisation, l'intimé ne pourrait pas soutenir que la question est théorique parce que la mesure d'expulsion aurait été prise—L'intimé a la responsabi-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

lité de ramener le requérant au Canada pour toute autre enquête concernant son admissibilité à demeurer au pays—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27, 164.

BROWN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1717, juge MacKay, ordonnance en date du 11-8-93, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'avait pas le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer ainsi que de la mesure d'expulsion conditionnelle—À son arrivée, en 1987, le requérant, qui venait du Salvador, a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—La revendication ayant été rejetée, il a demandé un réexamen—Il a épousé une citoyenne canadienne qui s'est engagée à fournir de l'aide—La demande de résidence permanente a révélé qu'en 1984, le requérant avait été déclaré coupable, à l'étranger, de voies de faits sur la personne d'un agent de police—La demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié a été retirée—La recommandation en vue d'un décret exemptant le requérant des exigences de l'art. 9(1), c.-à-d. l'autorisant à demander la résidence permanente à partir du Canada, indique que le cas fait l'objet d'«un examen favorable»—On a rayé les mots [TRADUCTION] «toutes les conditions nécessaires, y compris celles . . . relatives, le cas échéant, à la sécurité, ont été remplies»—Le décret a été pris—L'agent d'immigration a conclu qu'en raison de la déclaration de culpabilité, le requérant n'était pas admissible et a fait rapport au sous-ministre, en vertu des art. 27(2)a) et 19(2)a), mais ce rapport n'a pas eu de suite—En 1991, le requérant a été déclaré coupable d'agression sexuelle en Colombie-Britannique—Cela a fait l'objet d'un rapport, en vertu des art. 27(2)a) et d) ainsi que 19(1)c) de la Loi sur l'immigration, lequel a donné lieu à des procédures ayant abouti à la décision faisant l'objet du contrôle—Demande rejetée—Distinction faite entre l'espèce et *Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 337 (1^{re} inst.)—Du fait de la combinaison de la mention et de la radiation, le Ministère s'était réservé le droit de vérifier l'exactitude des renseignements fournis par le requérant et de recueillir d'autres détails destinés à compléter ces renseignements avant de confirmer que toutes les conditions étaient remplies—Les renseignements fournis par le requérant au sujet de la déclaration de culpabilité dont il avait fait l'objet à l'étranger n'avaient pas été pleinement évalués au moment de la recommandation au gouverneur en conseil—À la suite d'une enquête plus approfondie, on a conclu qu'en raison de cette déclaration de culpabilité, le requérant n'était pas admissible à entrer au Canada—Les renseignements sur lesquels la recommandation relative au décret était fondée étaient inexacts ou insuffisants—Le refus de continuer à examiner la demande de droit d'établissement n'a pas à être fondé sur la déclaration de culpabilité prononcée au Canada, après la prise du décret—La déclaration antérieure de culpabilité constitue un empêchement légal à la demande et le décret n'a pas levé cet empêchement légal—Après que le requérant a de nouveau été déclaré coupable, en 1991, l'arbitre a eu raison de procéder en vertu de l'art. 27(2) de la Loi sur l'immigration plutôt que de l'art. 27(1), puisque le requérant était une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen ou de résident permanent—Les doc-

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

trines de l'*estoppel* et des attentes légitimes ne s'appliquent pas—Les fonctionnaires sont tenus d'appliquer la loi—S'ils suscitent indûment des attentes, le recours que possède le requérant ne va pas jusqu'à autoriser les fonctionnaires à agir autrement qu'en conformité de leur devoir légal—Étant donné que le requérant n'a pas obtenu le droit d'établissement et qu'il n'existe aucune obligation de lui accorder pareil droit, l'arbitre était tenu de procéder à l'enquête conformément à l'art. 27(2)—La mesure d'expulsion conditionnelle est conforme à la loi—Le sous-ministre avait le choix de se fonder sur l'infraction commise au Canada, dont le requérant avait été déclaré coupable après que le décret eut été pris, plutôt que sur le rapport antérieur, fondé sur l'art. 19(2)a), concernant l'infraction commise à l'étranger—Quel que soit le rapport sur lequel l'arbitre s'appuie, l'enquête a été régulièrement menée en application de l'art. 27(2) puisque le requérant n'était ni citoyen canadien ni résident permanent—Pendant toute la période pertinente, le requérant se heurtait de fait à l'empêchement prévu à l'art. 19(2)a)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9, 19, 27.

ESCAMILLA C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (IMM-1320-93, juge Gibson, ordonnance en date du 2-9-93, 13 p.)

Renvoi de visiteurs

Demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi en attendant qu'il soit statué sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire du refus de dispenser, pour des raisons d'ordre humanitaire, le requérant des conditions relatives aux visas prévues à l'art. 9(1) de la Loi—Le requérant est entré au Canada après avoir quitté le Nicaragua où il avait participé au mouvement antisandiniste—Il a été conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas de minimum de fondement—La demande de dispense fondée sur des raisons d'ordre humanitaire est étayée par la preuve documentaire concernant le traitement extra-judiciaire des antisandinistes renvoyés au Nicaragua, dont les exécutions—Le requérant a également soumis une preuve psychiatrique de son état mental fragile, allant jusqu'à provoquer de sérieuses tendances suicidaires s'il devait être expulsé—Le requérant n'a pas eu d'entrevue—Aucun motif n'a été fourni à l'égard du rejet de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—Demande accueillie—Les trois conditions énoncées dans *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 86 N.R. 302 (C.A.F.) sont remplies—Une question sérieuse d'équité procédurale est soulevée—Le renvoi du requérant pourrait causer à celui-ci un préjudice grave irréparable en raison de son état d'esprit précaire—Étant donné que le seul inconvénient pour l'intimé est le retard peu important à renvoyer le requérant si la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire n'était pas accueillie, la prépondérance des inconvénients favoriserait le requérant—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9, 114—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 51.

GARCIA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3574-93, juge Dubé, ordonnance en date du 16-7-93, 6 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande d'annulation de la décision de l'agent des visas—Question de savoir si l'équité dans la procédure, ou la Loi sur l'immigration et le Règlement, exigent que l'agent des visas informe le requérant de la possibilité de faire apprécier son conjoint en fonction de la profession que celui-ci a l'intention d'exercer au Canada—Le requérant est le seul qui a sollicité l'établissement—Absence de demande implicite de la part de la femme du requérant—L'emploi des expressions «ou» et «au choix de ce dernier» à l'art. 8(1)a) du Règlement sur l'immigration de 1978 montre qu'il incombe au requérant de désigner les personnes à apprécier—La décision de l'agent des visas de rejeter la demande sans apprécier la femme du requérant en fonction de l'emploi qu'elle avait l'intention d'exercer n'était pas déraisonnable et ne constituait pas une erreur quant à la compétence—Demande rejetée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 8(1)a).

NANJI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1749-92, juge McKeown, ordonnance en date du 6-8-93, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Les motifs de la décision de la Commission sont signés par un des deux membres qui ont entendu la demande seulement, en violation des dispositions de l'art. 69.1 de la Loi sur l'immigration—L'obligation de motiver la décision par écrit est de nature impérative—Rien ne montre que le membre qui n'avait pas signé souscrivait aux motifs—L'omission d'un membre de motiver sa décision constitue un vice fondamental puisque les deux membres qui ont entendu la demande sont tenus de motiver leur décision—Cette omission a des répercussions directes sur le droit du requérant de demander et d'obtenir le contrôle judiciaire—On n'a fait part d'aucun fait susceptible d'entraîner l'application de la présomption prévue à l'art. 63(2) de la Loi—Dans *IBM Canada Ltd. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise*, [1992] 1 C.F. 663, la Cour d'appel fédérale a fait remarquer qu'il est important de se conformer aux exigences relatives au quorum—Il n'est pas prouvé que le membre en question ait participé à l'élaboration des motifs justifiant le rejet de la demande ou y ait souscrit—Les motifs de la décision n'ont été prononcés que par un des deux membres qui ont entendu la demande—Décision annulée—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 63 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 69.1 (édicié, *idem*).

MEHAEL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1534-92, juge Noël, ordonnance en date du 23-8-93, 4 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Demande d'annulation du rejet de la demande de nouvel examen de la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire conformément à l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à l'intimé d'examiner de nouveau la demande du requérant d'une façon compatible avec l'objet de la Loi et des lignes directrices—En 1987, le requérant, qui est citoyen de la Somalie, s'est enfui au Kenya avec sa femme et son enfant—Il est entré au Canada en 1989, laissant sa famille au Kenya—Lorsqu'il a décidé qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention, le requérant a demandé à être admis au Canada à titre de résident permanent conformément à l'art. 114(2)—Le refus était fondé sur la question de savoir si le requérant courait un danger plus grave que le reste de la population en général, compte tenu des conditions existant dans le pays en question—Demande accueillie—Étant donné la documentation disponible au sujet de la violence civile en Somalie, et la déclaration du ministre de l'Emploi et de l'Immigration portant que sur les 6 millions de Somaliens qui restent, 1,5 million sont sur le point de mourir de faim et 3 millions sont dans une situation désespérée, en exigeant que le requérant coure un plus grand danger que tout autre Somalien, les fonctionnaires de l'intimé ont restreint l'exercice de leur propre pouvoir discrétionnaire en imposant une condition stricte incompatible avec l'esprit de la Loi sur l'immigration et de la politique ministérielle—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

MUSE C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (93-T-52, juge Pinard, jugement en date du 17-8-93, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention puisqu'il était exclu par l'art. 1 F a) et c) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés—En ce qui concerne l'art. 1 F c), la Section du statut a eu raison de conclure que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention étant donné qu'il avait commis des actes contraires aux buts et principes des Nations Unies—Aucune raison de limiter l'application de l'art. 1 F c) aux personnes détenant le pouvoir—L'art. 1 F ne permet pas d'apprécier l'infraction et le risque de persécution et vise à exclure certaines personnes même s'il existe un risque véritable de persécution—Demande rejetée—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n^o 6, Art. 1 F a), c).

PUSHPANATHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-240-93, juge McKeown, ordonnance en date du 3-9-93, 1 p.)

Demande de contrôle de la décision par laquelle la Section du statut des réfugiés a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants, qui viennent du Salvador, craignent d'être persécutés du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social—La crainte qu'a la femme d'être persécutée est entièrement fondée sur les conséquences appréhendées dans le cas du mari—La SSR a conclu que le fait que les hommes armés qui s'étaient présentés chez les parents du requérant pour demander des renseignements au sujet des allées et venues de celui-ci faisaient partie de l'armée ne constituait qu'une simple conjecture et que, même si l'armée le cherchait, il n'y avait aucun élément de preuve montrant pourquoi elle le cherchait—Elle a également conclu que les personnes en danger avant l'accord

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

de paix ne seraient plus en danger si elles retournaient au Salvador—Demande rejetée—Qualifier de conjecture la preuve selon laquelle l'armée cherchait le requérant est une exagération, mais pareille preuve est fondée sur la logique et la déduction—Une déduction raisonnable pourrait être faite au sujet de la raison pour laquelle l'armée pourrait être à la recherche du requérant—Il existait des motifs suffisants de craindre subjectivement d'être persécuté, mais il existait par ailleurs une justification suffisante permettant à la SSR de conclure que la revendication n'avait aucun fondement objectif valable—Distinction entre l'espèce et *Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.), dans lequel il a été jugé qu'il existe une présomption de véracité, lorsque le requérant jure de la vérité de certains faits, à moins qu'il n'y ait une raison d'en douter—La présomption de véracité s'applique aux allégations de fait et non à une conclusion conjecturale fondée sur ces faits—La SSR n'est pas tenue d'accepter comme véridiques les allégations faites sous serment, même si la crédibilité n'était pas en cause, lorsque les allégations revêtent le caractère d'une conclusion conjecturale, et ce, que la conjecture soit ou non fondée—Étant donné que la conclusion tirée par la SSR quant aux changements qui se sont produits dans le pays d'origine en est une qu'elle pouvait raisonnablement tirer, compte tenu de l'ensemble de la preuve, cela vide la question—La SSR n'est pas tenue d'inclure dans les motifs de chaque décision de ce genre une analyse plus détaillée des éléments de preuve contradictoires concernant les changements survenus car pareille obligation deviendrait bientôt insupportable—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2.

HERCULES C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)
(IMM-1196-93, juge Gibson, ordonnance en date du 25-8-93, 8 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—Les événements mentionnés dans le témoignage constituaient de la discrimination, et peut-être du harcèlement, mais la Commission a conclu que ceux-ci n'étaient pas suffisamment sérieux ou systématiques pour être qualifiés de persécution, ou pour permettre de conclure qu'il existait une possibilité sérieuse de persécution à l'avenir—Appel rejeté—La ligne de démarcation entre la persécution et la discrimination ou le harcèlement est difficile à tracer, d'autant plus que dans le contexte du droit des réfugiés, la discrimination peut équivaloir à de la persécution—La question de l'existence de la persécution dans les cas de discrimination ou de harcèlement n'est pas simplement une question de fait, mais aussi une question mixte de droit et de fait, mettant en cause des notions juridiques—La Commission doit tirer sa conclusion dans le contexte factuel particulier en effectuant une analyse minutieuse de la preuve présentée et en s'appuyant comme il convient les divers éléments de la preuve—L'intervention de la Cour n'est pas justifiée à moins que la conclusion tirée par la Commission ne soit arbitraire ou déraisonnable—La conclusion tirée par la Commission, dans le contexte factuel de l'affaire, n'était pas arbitraire ou déraisonnable.

SAGHARICHI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-169-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-8-93, 2 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Demande de contrôle de la décision par laquelle le tribunal chargé de se prononcer sur la question du minimum de fondement a conclu que l'intimé avait établi que sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention avait un minimum de fondement—L'art. 46(3) de la Loi sur l'immigration prévoit que le tribunal doit donner au ministre et à l'intéressé la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations—À l'audience, le représentant du ministre a tenté de mettre en doute la crédibilité de l'intimé en le contre-interrogeant à partir d'un document renfermant des déclarations que l'intimé aurait faites à l'agent d'immigration à son arrivée au Canada ainsi que d'un document renfermant une déclaration signée par l'intimé au moment des prétendues déclarations, documents provenant d'un dossier que le représentant avait en sa possession—Le premier document n'était ni signé ni daté—Croyant que les déclarations contredisaient le témoignage de l'intimé à l'audience, le représentant du ministre a cherché à mettre en doute la crédibilité de celui-ci en s'y reportant—Sans examiner l'un ou l'autre document, le tribunal a décidé que l'admission en preuve des documents constituait une condition préalable à l'exercice du droit de contre-interroger le témoin—Il a décidé que les déclarations n'étaient pas admissibles parce qu'elles n'étaient ni datées ni signées, même si l'élément du dossier que celles-ci renfermaient des renseignements pertinents—Demande accueillie—La crédibilité du demandeur est au cœur même de la décision que le tribunal doit prendre—La décision du tribunal a privé le ministre du droit conféré par l'art. 46(3) et l'a empêché de s'acquitter de son obligation légale de contre-interroger l'intimé de façon à prouver, si possible, que celui-ci n'était pas digne de foi—Les déclarations renfermaient des renseignements pertinents—Un élément de preuve pertinent est toujours admissible à moins d'être visé par une règle d'exclusion—Aucune règle de ce genre n'a été invoquée en l'espèce—Le tribunal aurait dû admettre en preuve les documents—Une fois ces documents admis en preuve, le tribunal aurait eu compétence pour se prononcer sur leur valeur probante—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 46(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C.
BOAMPONG (A-1219-91, juge en chef Isaac, jugement en date du 6-8-93, 5 p.)

Demande d'annulation de la décision par laquelle la Section du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, qui est citoyen de la République populaire de Chine, a revendiqué le statut de réfugié du fait de ses opinions politiques—La Cour d'appel fédérale a accordé l'autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision de la Section du statut—La Section du statut a conclu que le requérant n'avait pas raison de craindre d'être persécuté—Le requérant et sa femme se sont vu infliger une amende après la naissance de leur deuxième enfant—En 1990, le requérant s'est de nouveau vu infliger une amende pour avoir caché une troisième grossesse—Les amendes n'ont pas été payées—Les peines ont été imposées parce que le requérant avait enfreint la loi sur les naissances—Les sanctions pécuniaires, visant à assurer l'observation de la loi, ne sont pas assimilables à de la persécution—Le requérant

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

n'a pas été privé du droit de gagner sa vie de façon que cela constitue de la persécution—Aucune atteinte à la sécurité du requérant—Demande rejetée.

LIN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (93-A-142, juge Rouleau, ordonnance en date du 30-7-93, 4 p.)

COURONNE**CONTRATS**

Demande de contrôle judiciaire en vue de l'obtention d'un bref de *mandamus*, d'un bref de prohibition ou d'un jugement déclaratoire à l'égard de la décision qu'avait prise Travaux publics Canada (TPC) de construire un pont entre l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick—La requérante cherche également à obtenir un jugement déclaratoire portant que toute entente entre le gouvernement fédéral et les intimés Strait Crossing Inc. (SCI) et Strait Crossing Development Corp. (SCI) est inconstitutionnelle tant que les Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard n'auront pas été modifiées conformément à la Loi constitutionnelle de 1982—En janvier 1987, TPC a mis sur pied un projet en vue d'étudier la faisabilité d'un ouvrage de franchissement ainsi que de déterminer et choisir la meilleure solution avec les gouvernements de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick—Le Décret sur les lignes directrices s'applique au raccordement permanent car le projet doit tenir compte des questions environnementales—Le juge Reed a statué a) que TPC n'avait pris aucune décision en conformité de l'art. 12 du Décret sur les lignes directrices en ce qui concerne la proposition de SCI en vue de la construction et de l'exploitation du pont et b) que l'abandon du service existant de traversiers irait à l'encontre des Conditions existantes d'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard—En sa qualité de «ministère responsable», TPC a décidé que les effets néfastes que la proposition de SCI pouvait avoir sur l'environnement étaient minimes ou pouvaient être atténués par l'application de mesures techniques connues conformément à l'art. 12c) du Décret sur les lignes directrices—La requérante conteste la décision pour plusieurs motifs—Le projet de loi C-110 autorise TPC à conclure une entente avec SCI—L'évaluation initiale qui a été faite en vertu de l'art. 10 du Décret sur les lignes directrices et la décision prise en vertu de l'art. 12 étaient conformes à l'ordonnance du juge Reed, et elles étaient compatibles avec les exigences du Décret sur les lignes directrices—Il existait un dossier de preuves complet permettant de faire des prévisions sur les répercussions et de fonder la décision prise en vertu de l'art. 12—La décision constituant une auto-évaluation a été prise avec toute l'objectivité nécessaire—La requérante ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombait de justifier l'intervention de la Cour—La décision de TPC n'a pas été prise sans qu'il soit tenu compte des facteurs pertinents, et elle avait un fondement raisonnable—Les effets constatés par TPC ne constituent pas des effets sur l'environnement, mais des effets socio-économiques, qui n'avaient pas à être évalués en vertu de l'art. 12—Les dis-

COURONNE—Fin

positions énoncées à l'art. 12e) du Décret sur les lignes directrices ne font pas partie intégrante de la décision prise en vertu de l'art. 12c)—Résolution adoptée par le législateur de l'Î.-P.-É. en vue de modifier les Conditions d'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard de façon à autoriser le remplacement du service efficace de bateaux à vapeur garanti par les Conditions d'adhésion par un raccordement permanent et d'autoriser la perception de péages—Le projet de loi C-110 autorise le ministre des Travaux publics à passer un contrat en vue de la construction du raccordement permanent selon certaines modalités et conditions—La validité du projet de loi C-110 n'est pas en cause—Une simple promesse par le gouvernement d'édicter une loi à l'avenir n'est pas susceptible d'exécution par contrat ou par fin de non-recevoir—La requérante a qualité pour soulever les questions constitutionnelles visées par la demande—Les intimés ont plaidé que la Cour devait se prévaloir de son pouvoir discrétionnaire pour rejeter la demande pour le motif que celle-ci était prématurée—Aucune entente devant la Cour permettant de déterminer la constitutionnalité d'une stipulation liant le gouvernement fédéral—La possibilité d'un préjudice est simplement conjecturale—La date prévue de quasi-achèvement correspond à la date à laquelle le gouvernement du Canada a l'intention d'abandonner le service de traversiers—L'abandon du service de traversiers était clairement destiné à être une condition de l'entente—L'argument n'est pas prématuré—L'État a le même pouvoir qu'une personne physique de passer des contrats—Il n'a pas le pouvoir de se lier de façon à violer la loi suprême du pays, à savoir la Constitution—Aucune loi n'est nécessaire pour permettre à l'État de passer un contrat—Un contrat ne peut pas modifier unilatéralement la Constitution—Le pouvoir de contracter de l'État n'est pas assujéti aux mêmes limites que les pouvoirs législatifs—Un ministre ne peut pas entreprendre des démarches qui sont incompatibles avec la Loi constitutionnelle de 1982—On ne peut pas contourner la Constitution en faisant en sorte que le pouvoir exécutif passe un contrat pour faire une chose qui n'est pas prévue par la Constitution ou qui est protégée par celle-ci—La construction d'un pont ou la passation d'un contrat en vue de la construction d'un pont n'a rien d'inconstitutionnel en soi—TPC et SCI ne se proposent pas de conclure une entente en vue de violer la Constitution—Si le pont est construit sans modification préalable, la Constitution n'est pas violée tant que le traversier continuera à fonctionner—L'abandon du service de traversiers exige la modification des Conditions d'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard—La clause pénale prévoit le versement de 1,5 milliards de dollars si un nouveau gouvernement omettait de modifier la Constitution—La Constitution s'applique à l'entente—Une entente conclue entre TPC et SCI en vue de la construction d'un pont n'a rien d'inconstitutionnel si elle renferme un engagement à modifier la Constitution avant l'abandon du service de traversiers—Demande rejetée—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement—DORS/84-467, art. 10, 12, 15—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. 52.

FRIENDS OF THE ISLAND INC. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-1394-93, juge Cullen, ordonnance en date du 12-8-93, 106 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Droits à l'égalité

L'action en dommages-intérêts représenterait le montant net payable aux demandeurs en vertu de la Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest—Les demandeurs habitent dans l'État du Dakota du Nord, aux États-Unis—En leur qualité de producteurs de grains, les demandeurs étaient tenus de commercialiser leur grain par l'entremise de la Commission canadienne du blé, leur revenu canadien étant assujéti à l'impôt sur le revenu canadien—En vertu de l'art. 7(1) de la Loi, les prestations versées aux producteurs de grains individuels étaient limitées aux citoyens canadiens et aux immigrants reçus—Les demandeurs ont demandé les paiements pour les années de récolte 1985-1986, 1986-1987 et 1987-1988 en vertu de la Loi dans sa forme modifiée—Question de savoir si l'art. 7(1) de la Loi porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15(1) de la Charte—Dans l'affirmative, question de savoir si cette disposition est justifiable en tant que «limite raisonnable» permise par l'art. 1 de la Charte—Il incombe au demandeur de montrer que la loi contestée est discriminatoire—Les demandeurs ne font pas partie d'un groupe défini par des motifs analogues à ceux qui sont énumérés à l'art. 15(1)—Absence de preuve selon laquelle ils constituent une «minorité discrète et isolée» ayant par le passé fait l'objet de stéréotypes ou ayant été lésée d'une autre façon au sein de la société canadienne—La discrimination sous-entend une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles non pertinentes—Il faut examiner la nature et l'objet de la loi afin de déterminer si une caractéristique est pertinente—Les distinctions que le législateur fait en désignant les bénéficiaires d'un programme de subvention ne peuvent pas être considérées comme discriminatoires—L'art. 7(1) de la Loi ne constitue pas de la «discrimination» à l'endroit des demandeurs au sens de l'art. 15(1) de la Charte—La disposition est justifiée selon l'art. 1 de la Charte—L'objectif apparent du législateur en adoptant l'art. 7(1) est «urgent et réel» car il vise à limiter les avantages du programme de subvention aux personnes ayant un lien important avec le Canada, par la citoyenneté ou la résidence permanente—Action rejetée—Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest, S.C. 1974-75-76, ch. 87, art. 7(1)—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, 15(1).

PETERSON C. CANADA (T-3176-91, juge Strayer, jugement en date du 4-8-93, 16 p.)

DROIT MARITIME

CONTRATS

Appel du jugement de première instance ([1992] 1 C.F. F-52) dans lequel les intimées ont eu gain de cause dans une action en dommages-intérêts résultant du naufrage d'une barge—Les appelantes avaient convenu de remorquer la barge jusqu'en Floride—Le contrat de remorquage contenait les conditions normales de remorquage, et notamment des clauses d'exonération—Avant le remorquage, on a découvert de l'eau

DROIT MARITIME—Suite

dans la cale n° 1—L'appelante s'est engagée à faire faire les réparations nécessaires—L'inspection qui a été faite après les réparations a convaincu le mécanicien à terre de l'appelante et le capitaine du remorqueur que la barge pouvait être remorquée—La barge a chaviré sans avertissement dans une mer moyennement agitée et sous une brise modérée—Le juge de première instance a conclu (1) que la perte était probablement attribuable aux mauvaises réparations faites par l'appelante; (2) que le contrat de réparation était distinct du contrat de remorquage; (3) que les clauses d'exonération contenues dans le contrat de remorquage ne s'appliquaient pas au contrat de réparation—Appel rejeté en ce qui concerne la responsabilité et accueilli en ce qui concerne le quantum—(1) Le juge de première instance devrait tirer une conclusion, selon la pondération des probabilités, au sujet de la façon dont la perte est vraisemblablement survenue, lorsqu'il est, directement ou non, suffisamment au courant des circonstances—Absence d'erreur dominante claire et manifeste au sujet de la cause de la perte—(2) Qu'il y existe un contrat ou deux, les clauses d'exonération ne s'appliquaient pas aux réparations effectuées par l'appelante—Les clauses ont été incorporées dans le contrat de remorquage à un moment où les parties envisageaient uniquement la prestation d'un service de remorquage et où elles ne savaient pas que des réparations seraient peut-être nécessaires—Par leur nature, et compte tenu de leur objet et de leur libellé, pareilles clauses ne s'appliquent généralement pas aux événements non liés au remorquage lui-même—En l'absence de stipulations contraires, les clauses d'exonération faisant partie des conditions normales de remorquage ne s'appliquent pas aux services fournis avant le début du service de remorquage proprement dit—Le service de remorquage commence généralement une fois que le remorqueur entreprend les opérations, y compris l'attelage, permettant le remorquage lui-même—Il faut faire une distinction entre le travail effectué pour préparer un bâtiment à être remorqué et les opérations qui ont pour objet de remorquer le bâtiment—Les travaux sont une condition préalable au remorquage; les opérations sont une condition préalable au début du remorquage proprement dit—Quel que soit le libellé des clauses d'exonération incorporées dans les contrats de remorquage, et en l'absence de disposition expresse contraire, pareilles clauses ne s'appliquent pas à un état de fait dû à la négligence du remorqueur et existant antérieurement, ou qui n'est pas associé aux premières manœuvres préalables au début du remorquage—(3) L'argument concernant la doctrine de la fraude d'*equity*, fondé sur l'omission des intimées de communiquer des renseignements importants au sujet de l'état récent de la barge et de la situation actuelle ne peut être invoqué au vu des faits de l'espèce et compte tenu des conclusions du juge de première instance—Les intimées n'ont pas fourni de renseignements parce qu'aucun renseignement ne leur avait été demandé, et que les représentants de l'appelante avaient donné à penser que l'eau s'était infiltrée par une fuite que les appelantes pouvaient facilement colmater—Il n'existe aucune preuve que l'appelante aurait agi d'une manière différente si elle avait été parfaitement au courant des faits censément déclarés de façon inexacte ou non divulgués—En l'absence de preuves que la déclaration inexacte était importante aux fins de la passation du contrat, la doctrine de la fraude d'*equity* ne s'applique pas—(4) Le contrat de transport prévoyait que le propriétaire des marchandises devait assurer la cargaison et renoncer à la subrogation contre le transporteur—

DROIT MARITIME—Fin

L'appelante soutient qu'elle devrait être assimilée aux autres intimées aux fins de l'immunité de juridiction parce qu'elle est devenue le «transporteur» lorsque son remorqueur a remplacé celui des intimées—La C.S.C. a statué que ce n'est pas dans les cas de fiducie ou de mandat qu'on déroge à la règle de la relativité des contrats, selon laquelle nul autre que les parties à un contrat ne peut avoir des obligations ou des droits en vertu du contrat—La preuve n'étaye pas la déduction selon laquelle, en passant le contrat, les autres intimées agissaient comme mandataires ou comme fiduciaires de l'appelante—L'appelante ne peut pas invoquer la renonciation à la clause de subrogation en sa faveur—(5) Sous réserve de l'obligation de limiter les dommages, les intimées ont le droit de réclamer la valeur de la barge de remplacement, plus les frais de transformation et les frais de transport de celle-ci jusqu'au lieu de l'accident en vertu du principe *restitutio in integrum*—Le juge de première instance a commis une erreur en calculant le montant des dommages-intérêts—Il a accordé la valeur de la barge selon le prix demandé, mais jamais reçu, pour sa vente et le total des frais qui auraient été engagés pour préparer la barge à prendre la mer et les frais de préparation—Le prix demandé ne peut pas être l'unique critère servant à déterminer la valeur d'un objet—Les frais de préparation admis par le juge de première instance comprenaient les frais assumés pour le remorqueur et les frais liés à l'embauchage du capitaine qui est monté à bord du remorqueur, lesquels n'étaient pas liés à la préparation de la barge—L'évaluation des frais de remplacement faite par l'expert comprenait les frais de transport—Le juge de première instance a commis une erreur en accordant de nouveau les frais de transport—La valeur de la perte réelle, y compris les frais de remplacement, de préparation et de transport, est fixée à 446 550 \$.

ENGINE AND LEASING CO. C. ATLANTIC TOWING LTD.
(A-167-92, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 21-7-93, 42 p.)

ENVIRONNEMENT

La première demande vise à l'obtention d'un bref de *mandamus* obligeant le ministre des Transports à mettre en application les recommandations de la Commission d'évaluation environnementale—Question de savoir si le ministre est légalement tenu de mettre en application les recommandations—La seconde demande vise à l'obtention d'un bref de *mandamus* obligeant le ministre à décider de la mesure dans laquelle les recommandations devraient relever de la responsabilité du gouvernement du Canada—Question de savoir si le retard injustifiable de la part du ministre permet l'octroi d'un bref de *mandamus*—Le ministre des Transports a autorisé la construction du barrage de la rivière Oldman en vertu de l'art. 5(1) de la Loi sur la protection des eaux navigables—L'autorisation a été annulée par la Cour d'appel fédérale—Une commission d'évaluation environnementale a été formée par le ministre de l'Environnement en vertu du Décret sur les lignes directrices afin de procéder à une évaluation et de formuler des recommandations au sujet de la conception et de la sécurité du barrage de la rivière Oldman—La commission a publié son rapport le 21 mai 1992—Elle a recommandé qu'on désaffecte le barrage ou que l'exploitation de ce dernier soit soumise à

ENVIRONNEMENT—Fin

des conditions fixées par le gouvernement fédéral—Le ministre des Transports a rejeté la solution voulant que le barrage soit désaffecté—L'examen des recommandations montre que le projet a fait l'objet d'une étude approfondie et détaillée de façon à atténuer les effets sur l'environnement—Aucune décision exécutoire n'a été prise par le ministre au sujet des détails des recommandations associées à l'exploitation du barrage—Aucune obligation légale de mise en application de la part du ministre des Transports—L'examen de la preuve ne montre pas que le ministre a refusé d'assumer sa compétence—Absence de preuve de refus de fixer des conditions concernant l'exploitation du barrage—L'art. 33 du Décret sur les lignes directrices ne fixe pas le délai dans lequel les décisions doivent être prises—Selon la jurisprudence, les décisions doivent être prises dans un délai raisonnable—Environ quatorze mois se sont écoulés depuis que la commission d'évaluation environnementale a fait connaître ses recommandations—À ce jour, le ministre des Transports n'est responsable d'aucun retard qui puisse être qualifié de déraisonnable—L'octroi d'un bref de *mandamus* visant à obliger le ministre des Transports à prendre des décisions en vertu de l'art. 33(1)c) du Décret sur les lignes directrices n'est pas justifié—Les intimés sont tenus de faire avancer l'affaire—Demandes rejetées—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 14, 33.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY C. CANADA
(MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-101-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 23-7-93, 17 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Appel du jugement de première instance ((1990), 38 F.T.R. 119 (C.F. 1^{re} inst.)), accueillant l'appel de la décision ([1989] 1 C.T.C. 2122 (C.C.I.)) par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par l'intimé contre sa cotisation d'impôt sur le revenu de 1981—Question de savoir si la somme de 55 000 \$ est un prêt consenti à l'intimé pendant ladite année d'imposition et doit être incluse dans le calcul du revenu en vertu de l'art. 15(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 15(2) s'applique non seulement aux prêts consentis aux actionnaires en cette qualité, mais aussi aux prêts consentis dans le cours normal des activités aux employés qui sont actionnaires—L'art. 15(2) n'exige pas que le contribuable soit actionnaire du prêteur—Le contribuable doit être actionnaire du prêteur ou d'une compagnie à laquelle ce dernier est lié—La Section de première instance a clairement commis une erreur en concluant que la deuxième condition prescrite en vue de l'application de l'art. 15(2)a)(ii) est remplie—Le prêt ne devait pas être remboursé dans un délai raisonnable puisque les dispositions qui avaient été prises au moment où il avait été consenti ne permettaient pas de déterminer avec exactitude le délai dans lequel il devait être accordé—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 15(2) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 8; 1980-81-82-83, ch. 48, art. 7).

SILDEN C. CANADA (A-1122-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 25-6-93, 5 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Déductions

Appel de deux nouvelles cotisations relatives aux années d'imposition 1974 et 1975 de la demanderesse—La société demanderesse a été constituée au moyen d'une fusion conformément au droit des sociétés de l'Alberta—BATA et PAN OCEAN s'occupaient de l'acquisition, de l'exploitation et de la mise en valeur de droits sur le pétrole, le gaz et d'autres minéraux—La fusion s'est faite en quatre étapes—Pan Ocean Oil Ltd. (POOL), avec les autres, a acheté les actions d'un groupe de compagnies connues sous le nom de Dynamic Companies—La société demanderesse a été constituée par la fusion légale de POOL et Pan Ocean (Alberta) Ltd. «ALBERTA», conformément aux dispositions de la Companies Act de l'Alberta—Question de savoir si, en calculant son revenu pour les années d'imposition 1974 et 1975, la demanderesse avait le droit de déduire les frais d'exploration et d'aménagement au Canada engagés par les Dynamic Companies avant la fin de l'année d'imposition 1972 et que POOL avait le droit de déduire en sa qualité de seconde corporation remplaçante, et si la fusion de POOL et d'ALBERTA a fait de la demanderesse une troisième corporation remplaçante, de sorte qu'elle n'avait pas droit aux déductions—L'art. 87 de la Loi de l'impôt sur le revenu s'applique à la fusion de POOL et d'ALBERTA—En vertu des art. 66(6) à 66(9) de la Loi, connus sous le nom de «règles concernant les corporations remplaçantes», la corporation remplaçante et la seconde corporation remplaçante ont le droit de déduire, dans les limites prescrites, les sommes inutilisées de la corporation remplacée—En droit des sociétés, la fusion ne constitue pas une acquisition—Le droit de la demanderesse de faire des déductions est maintenu à moins que ces dernières ne soient expressément prohibées par l'art. 66(6) et (7), ainsi que par l'art. 87(1), (2) et (6) de la Loi—L'art. 66(6) et (7) ne s'applique pas en l'espèce étant donné que les règles concernant les corporations remplaçantes s'appliquent uniquement à l'acquisition de biens et que les opérations ici en cause ne constituent pas une acquisition de biens—La demanderesse a droit aux mêmes déductions des frais relatifs à des ressources que celles auxquelles POOL avait droit—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 66(6),(7), 87(1),(2),(6)—Companies Act de l'Alberta, R.S.A. 1970, ch. 60.

PAN OCEAN OIL LTD. C. CANADA (T-239-80, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 30-7-93, 15 p.)

Appel de la cotisation établie par le ministre à l'égard de Gulf Canada Square relativement à l'année d'imposition 1980—Question de savoir si l'immeuble Gulf Canada Square, à Calgary, que possède la demanderesse, Ressources Gulf Canada Limitée (RGCL), est un «bien locatif» en vertu de l'art. 1100(14) du Règlement de l'impôt sur le revenu—Aux fins de l'impôt sur le revenu de 1980, RGCL a traité l'immeuble comme un bien autre qu'un «bien locatif» et a soustrait de son revenu la somme de 3 212 069 \$ à titre de déduction pour amortissement à l'égard de l'immeuble—Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'endroit de RGCL pour le motif que l'immeuble était un «bien locatif»—On a décidé de construire Gulf Canada Square afin de réunir dans un seul immeuble tous les employés de Gulf, à Calgary—La décision a été prise en 1977, près de deux ans avant la constitution de Gulf Canada Resources Inc. (GCRI), lorsque RGCL s'occupait

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

de toutes les activités commerciales de Gulf—La constitution de GCRI en tant que personne morale distincte n'a eu aucune incidence sur la décision de construire l'immeuble—Quarante-cinq pour cent de l'immeuble loué à G & C Realty Limited a servi à produire un loyer—Selon le bulletin IT-195R4, le bien est utilisé principalement afin de produire un loyer si plus de cinquante pour cent de la superficie totale est louée—Selon l'art. 1100(14) et le bulletin IT-195R4, il faut tenir compte des méthodes quantitative et qualitative—Selon la méthode qualitative, le but principal dans lequel le propriétaire a utilisé le bien pendant l'année d'imposition doit être pris en considération—La méthode quantitative tient compte de la proportion dans laquelle l'immeuble est utilisé pour produire un loyer—L'objet de l'art. 1100(14) est d'empêcher les contribuables de se prévaloir de la déduction pour amortissement à l'égard d'un bien immobilier, et essentiellement d'un bâtiment, pour mettre à l'abri un revenu tiré d'une activité commerciale non liée—L'évaluation qualitative répond à la question de savoir si le bâtiment était utilisé par RGCL afin de produire un loyer ou à une autre fin—Les locaux de l'immeuble appartenant à RGCL n'ont pas servi à produire un loyer—Tous les employés de Gulf à Calgary ont été installés dans le Gulf Canada Square pour des raisons d'efficacité—Quarante-cinq pour cent seulement de l'immeuble servait à produire un loyer—En 1980, Gulf Canada Square n'était pas utilisé par RGCL principalement afin de produire un loyer, et il ne s'agissait donc pas d'un «bien locatif» en vertu de l'art. 1100(14) du Règlement—Appel accueilli—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1100(14).

RESSOURCES GULF CANADA LTÉE C. CANADA (T-2076-89, juge Rothstein, jugement en date du 26-7-93, 21 p.)

PÉNITENCIERS

Demande en vue de l'annulation de la décision par laquelle l'intimée a mis fin au programme de cours universitaire à l'établissement de William Head ainsi qu'en vue de l'obtention d'un bref de *mandamus* visant à contraindre l'intimée à maintenir les cours universitaires—La décision est fondée sur ce que les autres programmes étaient prioritaires et sur les restrictions budgétaires—Les détenus n'ont pas été consultés avant que la décision ne fût prise—L'art. 74 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoit que le Service doit permettre aux détenus de participer aux décisions concernant la population carcérale dans son ensemble, sauf pour les questions de sécurité—L'art. 76 oblige le Service à offrir une gamme de programmes visant à répondre aux besoins des délinquants et à contribuer à leur réinsertion sociale—Pour se conformer à l'art. 74, il ne suffit pas de discuter avec les détenus après que la décision a été prise—Il faut permettre aux détenus de participer à une décision les concernant avant qu'elle soit prise—Les décisions visées par l'art. 74 sont celles qui sont reliées au but du système correctionnel énoncé à l'art. 3—L'art. 3b) dit que l'offre de programmes dans les pénitenciers pour aider la réadaptation des délinquants vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité—L'art. 4c) prévoit que l'intimée doit communiquer avec les délinquants au sujet de pareils programmes—Le programme des cours universitaires à William Head fait

PÉNITENCIERS—Fin

partie du programme d'instruction pour les détenus destiné à faciliter leur réadaptation—Il est probablement plus facile de réadapter les délinquants au moyen de programmes d'instruction tel celui des cours universitaires, que sans eux—Les décisions concernant les programmes d'instruction des détenus dans les pénitenciers sont visées par l'art. 74—En ne permettant pas aux détenus de participer à la décision de mettre fin au programme des cours universitaires, l'intimée ne s'est pas conformée aux exigences de l'art. 74 et a commis une erreur de droit—La décision de mettre fin au programme des cours universitaires est annulée—Étant donné que l'intimée n'a aucune obligation légale d'offrir ou de maintenir des programmes particuliers, rien ne permet d'accorder un bref de *mandamus*—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 4, 74, 76.

COMITÉ DES DÉTENUS DE L'ÉTABLISSEMENT DE WILLIAM HEAD C. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL) (T-828-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 13-8-93, 5 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**ÉLECTIONS**

Demande de détermination d'une question de droit, à savoir si une personne qui n'est pas électeur de la bande indienne du lac Sturgeon est admissible à titre de candidate, et peut être élue, au poste de chef de la bande—La défenderesse Desjarlais a été élue au poste de chef de la bande bien qu'elle ne fût pas un électeur au sens de l'art. 2 de la Loi sur les Indiens et qu'elle ne fût pas membre de la bande ou inscrite comme Indienne dans le registre des Indiens—En vertu des art. 74 à 79 de la Loi, une distinction est faite entre le chef de la bande et les conseillers—Le législateur n'avait pas l'intention d'étendre au candidat au poste de chef les conditions d'admissibilité s'appliquant aux conseillers—L'art. 74(3)(a)(i) de la Loi fournit une garantie efficace contre des résultats absurdes étant donné que le chef de la bande doit être élu à la majorité des votes des électeurs de la bande—Les principes énoncés par la C.S.C. et invoqués par les requérants seraient violés si la Cour interprétait l'art. 75 de la Loi de façon à vicier la volonté démocratique des électeurs de la bande—La Cour répond à la question par l'affirmative—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. 1-5, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 1), 74, 75.

BANDE INDIENNE DU LAC STURGEON C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-984-92, juge en chef adjoint Jerome, détermination d'une question de droit datée du 31-8-93, 8 p.)

PRATIQUE

Demande d'ajournement de l'audience—Les défendeurs ont consacré leurs énergies à des tentatives de règlement, négligeant la préparation de l'audience—Les négociations en vue du règlement ont échoué—La demanderesse ne s'oppose pas à l'ajournement, mais elle n'y consent pas non plus—La date d'audience a été fixée à la suite de la consultation des deux

PRATIQUE—Suite

parties—L'ajournement *sine die* est accordé de façon à ne pas causer de préjudice aux parties dans la conduite efficace du litige par suite d'une rigidité procédurale excessive—Les dépens de la requête sont fixés à 500 \$, lesquels sont payables quelle que soit l'issue de la cause, de façon à assurer le respect du système selon lequel les dates d'audience sont fixées longtemps à l'avance, après consultation des avocats—La commodité, pour les avocats, ne constitue pas une circonstance justifiant l'ajournement sans adjudication des dépens—Les avocats auraient dû se préparer pour les deux éventualités—Mention de *Zion Presbyterian Church, Charlottetown c. R.*, [1983] 2 C.F. 948 (1^{re} inst.), inédit, où, dans des circonstances qui étaient davantage indépendantes de la volonté des parties, une ordonnance analogue a été rendue, ainsi que de *Commission de la capitale nationale c. Campeau Corp.* (1976), 10 L.C.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.), où l'ajournement a été refusé.

NORTHERN LIGHTS FITNESS PRODUCTS INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1299-92, juge Gibson, ordonnance en date du 7-6-93, 3 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Requête présentée en vertu des Règles 344 et 345 en vue de faire augmenter les dépens au delà du tarif calculé sur la base avocat-client—Action en contrefaçon intentée par la Ligue Nationale de Hockey qui alléguait posséder des droits d'auteur relativement aux marques de commerce de la LNH ainsi que celles des clubs de hockey membres de la LNH—Les défendeurs ont soutenu que la LNH n'était pas une personne morale au Québec et qu'en conséquence elle n'avait pas la capacité de poursuivre ou d'intenter une action—Les procureurs de la demanderesse ont pris certains engagements qui n'ont pas été tenus—L'action intentée par la demanderesse n'était ni frivole ni vexatoire et les défendeurs n'ont démontré aucun motif valable justifiant l'adjudication des dépens sur la base avocat-client—Ceux-ci ne sont adjugés que dans des circonstances rares et exceptionnelles—Étant donné que les circonstances justifient une augmentation des dépens au delà du Tarif B, il y a lieu de donner des directives à l'officier taxateur d'accorder une telle augmentation—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344, 345.

LIGUE NATIONALE DE HOCKEY C. SOCIÉTÉ DES LOTERIES ET COURSES DU QUÉBEC (T-194-91, juge Rouleau, ordonnance en date du 17-8-93, 5 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES**Annulation ou modification**

Demande d'annulation de l'ordonnance rejetant la demande de prorogation du délai de dépôt de la requête introductive d'instance en vue du contrôle judiciaire—Demande d'autorisation présentée dans les délais conformément aux Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration—Avis de changement d'avocat déposé pour le compte du requérant—Le nouvel avocat cherche à faire annuler l'ordonnance du 11 mai 1993—Les motifs invoqués à l'appui du nouvel examen de l'affaire seraient la négligence dont le premier avocat a fait preuve en ne déposant pas la requête introductive d'instance dans le délai fixé par la loi—De nouvelles considérations sont maintenant

PRATIQUE—Suite

invoquées devant la Cour au moyen de l'affidavit du requérant lui-même, qui nie être responsable du retard—La découverte par le requérant du fait que le premier avocat avait tardé à demander la prorogation du délai constituerait un «fait nouveau» au sens de la Règle 1733—Il existe une question défendable justifiant l'octroi de l'autorisation d'exercer un recours en contrôle judiciaire—L'octroi de la prorogation de délai ne porte pas atteinte aux droits de l'intimé—Le refus de permettre au requérant de procéder même à ce stade avancé porterait

PRATIQUE—Fin

atteinte aux droits de celui-ci—Le juge qui a rendu l'ordonnance à l'égard des questions de procédure a le pouvoir discrétionnaire de modifier ou même d'annuler l'ordonnance initiale comme le prévoit la Règle 1733—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1733.

GYAMFI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-776, juge MacKay, ordonnance en date du 9-8-93, 9 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9