

T-3127-91

T-3127-91

Carol Nielsen (*Applicant*)Carol Nielsen (*requérante*)

v.

c.

Canada Human Rights Commission, Canada Employment and Immigration, Treasury Board of Canada and Public Service Alliance of Canada (*Respondents*)

<sup>a</sup> Commission canadienne des droits de la personne, Emploi et Immigration Canada, Conseil du Trésor du Canada et Alliance de la Fonction publique du Canada (*intimés*)

INDEXED AS: *NIELSEN v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)*

<sup>b</sup> RÉPERTORIÉ: *NIELSEN c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, February 12; Ottawa, March 18, 1992.

<sup>c</sup> Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, 12 février; Ottawa, 18 mars 1992.

*Human Rights — Applicant alleging denial of coverage to homosexual partner under Public Service Dental Care Plan discrimination based on sex, sexual orientation, marital or family status — Not discrimination based on sex, marital status — Sexual orientation not prohibited ground of discrimination — Not common-law spouses as concept bespeaks gender disparity — Commission's decision to hold complaint in abeyance pending S.C.C. decision in unrelated case dealing with family status not unfair — Alternative to dismiss complaint out-of-hand where no grounds of discrimination — Within Commission's discretion to decide when to request appointment of tribunal.*

<sup>d</sup> *Droits de la personne — La requérante allègue que le refus de couvrir sa partenaire homosexuelle sous le régime de soins dentaires de la fonction publique est une discrimination fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial ou la situation de famille — Il ne s'agit pas d'une discrimination fondée sur le sexe, ni sur la situation de famille — L'orientation sexuelle n'est pas un motif de discrimination illicite — Elles ne sont pas des conjointes de fait puisque cette notion exige deux sexes opposés — La décision de la Commission de suspendre la plainte jusqu'à ce que la C.S.C. se prononce dans une affaire non reliée portant sur la situation de famille n'est pas injuste — L'autre option est de rejeter la plainte sur-le-champ s'il n'existe aucun motif de discrimination — La Commission a le pouvoir de décider du moment où la constitution du tribunal est demandée.*

*Constitutional law — Applicant seeking benefits under Public Service Dental Care Plan for lesbian partner — Master agreement defining "common-law spouse as person of opposite sex — Allegation of discrimination on grounds of sex, sexual orientation, marital status, family status — Sexual orientation not ground in Canadian Human Rights Act, s. 3 — Court asked to extend scope of under-inclusive legislation — Democratic society based on rule by people through elected representatives — Not legitimate for unelected judiciary to invent legislation to fulfil policy ends urged by litigants — Canadian society divided on homosexual rights question — Judicial activism should not extend to usurping role of legislature by minting new, controversial rights.*

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — La requérante demande les avantages du régime de soins dentaires de la fonction publique pour sa partenaire lesbienne — La convention cadre définit «conjoint de fait» comme une personne du sexe opposé — Allégation de discrimination fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille — L'orientation sexuelle n'est pas un motif de discrimination énuméré à l'art. 3 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — On a demandé à la Cour d'élargir la portée d'une loi sélective — Une société démocratique suppose le gouvernement populaire par les représentants élus — Une magistrature non élue ne peut légitimement inventer une disposition législative afin de servir les fins politiques recherchées par les plaideurs — La société canadienne est partagée sur la question des droits des homosexuels — L'activisme judiciaire ne peut aller jusqu'à s'arroger des fonctions législatives en créant des droits nouveaux et controversés.*

This was an application to quash the Canadian Human Rights Commission's decision to hold in abeyance the applicant's complaint pending the decision of the Supreme Court of Canada, in an unrelated case, on the issue of family status, and to compel the Commission to request the appointment of a Tribunal pursuant to *Canadian Human Rights Act*, sections 44(3)(a) and 49(1). Since 1983 the applicant has lived with another woman, whom she considers to be her spouse, and that

<sup>f</sup> *Il s'agit d'une requête visant à annuler la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de laisser en suspens la plainte déposée par la requérante jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada se prononce, dans une affaire non reliée, sur la question de la situation de famille, et à enjoindre la Commission de demander la constitution d'un tribunal conformément aux articles 44(3)a) et 49(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne. Depuis 1983, la requérante vit*

woman's child. A public servant, applicant was required to join the dental plan and was entitled to enroll a spouse, including a common-law spouse, and dependent children. Her partner's claim for dental services was not accepted, as the definition of "spouse" in the Master Agreement governing the applicant's employment requires the partners to be of the opposite sex. The applicant alleged discrimination based on sex, family status, marital status and sexual orientation. She alleged that the Commission was not authorized by its statute to stand down her complaint.

*Held*, the application should be dismissed.

Sexual orientation was not a prohibited ground of discrimination under the *Canadian Human Rights Act*. As the dental care plan was available equally to men and women, it could not be said that the claim for dental services had been declined on the basis of sex. Nor was the applicant's marital status the reason for the alleged discrimination. Whether the applicant is single, married, separated or divorced was irrelevant. The applicant and her partner are not "common-law spouses" for that concept bespeaks disparity of gender in the relationship.

The applicant misconstrued the Commission's lawful scope of action. In holding the applicant's complaint in abeyance, the Commission had not acted unfairly. The choice was between holding it in abeyance and dismissing it out of hand. The Commission could not have been satisfied that inquiry into this complaint was warranted since there had not been discrimination on any prohibited ground. The complaint could have been terminated at an even earlier stage under paragraph 41(c) as "beyond the jurisdiction of the Commission". The Act does not require the Commission to appoint a tribunal promptly when satisfied that a complaint is substantiated. Although paragraph 44(3)(b) provides that the Commission "shall dismiss the complaint", paragraph 44(3)(a) provides that the Commission "may request the President of the . . . Panel to appoint a . . . Tribunal". The words "may, at any stage" in subsection 49(1) bestow upon the Commission a discretion to decide when to request the appointment of a Tribunal.

Despite the absence of sexual orientation from the list of prohibited grounds, the applicant urged the Court to quash the decision to stay proceedings and to compel the Commission to process her case. In other words, the Court was being asked to extend what the applicant considers to be under-inclusive legislation. Apart from the fact that it has already been decided that the exclusion from spousal benefits of homosexual couples does not infringe Charter, section 15 on the basis of either sex or sexual orientation (*Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.)), for an unelected judge to add what Parliament has declined to include in legislation would be tantamount to legislating, contrary to democratic principles whereby elected representatives are charged with legislating. To decide that policy-based legislation "invented" and enacted by Parliament is unconstitutional is a legitimate posture for the Court, but for the Court to invent the legislation which has not been adopted by Parliament to fulfil policy ends in an attempt to satisfy con-

avec une femme, qu'elle considère sa conjointe, et l'enfant de cette dernière. Fonctionnaire, la requérante a dû adhérer au régime de soins dentaires et elle avait le droit d'y inscrire un conjoint, dont un conjoint de fait, et des enfants à charge. La réclamation pour les soins dentaires fournis à sa partenaire a été rejetée au motif que la définition de «conjoint» de la convention cadre régissant l'emploi de la requérante exige que les partenaires soient du sexe opposé. La requérante a allégué une discrimination fondée sur le sexe, la situation de famille, l'état matrimonial et l'orientation sexuelle. Elle a allégué que la Commission n'était pas autorisée par sa loi à suspendre sa plainte.

*Jugement*: la requête devrait être rejetée.

L'orientation sexuelle n'était pas un motif de distinction illicite énuméré à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le régime de soins dentaires étant offert également aux hommes et aux femmes, on ne peut prétendre que le rejet de la réclamation pour soins dentaires tient du sexe. De plus, l'état matrimonial de la requérante ne constituait pas la cause de la présumée discrimination. Peu importe que la requérante soit célibataire, mariée, séparée ou divorcée. Elle et sa partenaire ne sont pas des «conjointes de fait» puisque cette notion exige une relation avec une personne du sexe opposée.

La requérante interprète mal la portée légale du geste de la Commission. Celle-ci n'a pas agi injustement en suspendant la plainte de la requérante. Elle ne pouvait que la suspendre ou la rejeter sur-le-champ. La Commission n'aurait pu être convaincue que l'enquête sur cette plainte était justifiée puisqu'il n'y avait pas discrimination fondée sur un motif illicite. La Commission aurait pu suspendre la plainte même à une étape antérieure, prévue à l'alinéa 41c), pour le motif qu'elle n'était «pas de sa compétence». La Commission n'est pas tenue par la Loi de constituer un tribunal avec célérité si elle est convaincue que la plainte est fondée. Bien que l'alinéa 44(3)b) prévoit que la Commission «rejette la plainte», l'alinéa 44(3)a) prévoit que la Commission «peut demander au président du Comité . . . de constituer . . . un tribunal». L'expression «peut, à toute étape» du paragraphe 49(1), confère à la Commission le pouvoir de décider du moment où on demande la constitution du tribunal.

En dépit de l'absence de l'orientation sexuelle de la liste des motifs illicites, la requérante exhorte la Cour à annuler la décision de suspendre les procédures et à enjoindre à la Commission de traiter son dossier. En d'autres termes, on demande à la Cour d'élargir ce que la requérante considère être une loi sélective. Outre le fait qu'on a déjà décidé que le refus des avantages dont bénéficient les conjoints aux couples homosexuels ne viole pas l'article 15 de la Charte ni en raison du sexe, ni en raison des tendances sexuelles (*Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1<sup>re</sup> inst.)), qu'un juge non élu ajoute à une loi un élément que le Parlement a refusé d'y inclure représenterait un geste législatif contraire aux principes démocratiques en vertu desquels il appartient aux représentants élus de légiférer. La Cour peut légitimement décider qu'une loi fondée sur une politique, «inventée» et adoptée par le Parlement, est inconstitutionnelle, mais il en est autrement si la Cour invente une disposition législative non adoptée par le Parlement afin de servir des fins

stitutional values is not. It circumvents the legislative branch, not only by usurping the policy choice of what to include in legislation, but also by denying the legislative choice to reconfigure or repeal any new constitutionally inclusive laws so made by an unelected judicature. That would be the abolition of majority rule and the legislature. Furthermore, as Canadian society is deeply riven over the question of homosexual behaviour, it would be highly inappropriate for the courts to purport to legislate with respect thereto.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 41(c), 44(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), 49(1). c

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.); *O'Grady v. Whyte*, [1983] 1 F.C. 719; (1982), 138 D.L.R. (3d) 167; 42 N.R. 608 (C.A.). d

##### DISTINGUISHED:

*R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81. e

##### CONSIDERED:

*Mossop v. Secretary of State and Treasury Board* (1989), 10 C.H.R.R. D/6064; 89 CLLC 17,010 (Trib.); *revd sub nom. 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.); leave granted to appeal January 25, 1991, S.C.C. Bulletin, p. 157, No. 22145; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *O'Sullivan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 522; [1991] 2 C.T.C. 117; (1991), 91 DTC 5491; 45 F.T.R. 284 (T.D.). f

##### REFERRED TO:

*Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728; (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; 91 CLLC 17,023 (B.C.S.C.). g

APPLICATION for *certiorari* quashing the decision of the Canadian Human Rights Commission to hold the applicant's complaint in abeyance and for

politiques dans l'espoir de respecter des valeurs constitutionnelles. Ce geste fait fi du pouvoir législatif, non seulement en usurpant le choix politique du contenu de la loi, mais aussi en supprimant le choix du législateur de modifier ou d'abroger de nouvelles lois qui, constitutionnellement, et par la décision d'une magistrature non élue, couvrent toutes les situations. Il en serait ainsi fait du principe du gouvernement par la majorité et de la législature. En outre, la société canadienne étant profondément partagée par la question de l'homosexualité, il conviendrait mal aux tribunaux de prétendre légiférer sur cette question. a

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 41c), 44(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64), 49(1). b

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1<sup>re</sup> inst.); *O'Grady c. Whyte*, [1983] 1 C.F. 719; (1982), 138 D.L.R. (3d) 167; 42 N.R. 608 (C.A.). d

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81. e

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Mossop c. Secrétariat d'État et Conseil du Trésor* (1989), 10 C.H.R.R. D/6064; 89 CLLC 17,010 (Trib.); *inf. sub nom. 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.); autorisation de pourvoi en date du 25 janvier 1991, C.S.C. Bulletin, p. 157, n° 22145; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *O'Sullivan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 522; [1991] 2 C.T.C. 117; (1991), 91 DTC 5491; 45 F.T.R. 284 (1<sup>re</sup> inst.). f

##### DÉCISION CITÉE:

*Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728; (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; 91 CLLC 17,023 (C.S.C.-B.). g

REQUÊTE en vue d'obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de laisser en suspens la

*mandamus* compelling the Commission to proceed with the complaint. Application dismissed.

plainte de la requérante et un bref de *mandamus* enjoignant à la Commission de traiter la plainte. Requête rejetée.

COUNSEL:

*Gwen Brodsky* for applicant.  
*Rosemary Morgan* for respondent Canadian Human Rights Commission.  
*Deirdre A. Rice* for respondents Canada Employment and Immigration and Treasury Board of Canada.  
 No one appearing for respondent Public Service Alliance of Canada.

a AVOCATS:

*Gwen Brodsky* pour la requérante.  
*Rosemary Morgan* pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.  
*Deirdre A. Rice* pour les intimés Emploi et Immigration Canada et le Conseil du Trésor du Canada.  
 Personne n'a comparu pour l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

SOLICITORS:

*B.C. Public Interest Advocacy Centre*, Vancouver, for applicant.  
*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents Canada Employment and Immigration and Treasury Board of Canada.  
*Soloway, Wright*, Ottawa, for respondent Public Service Alliance of Canada.

c PROCUREURS:

*B.C. Public Interest Advocacy Centre*, Vancouver, pour la requérante.  
*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés Emploi et Immigration Canada et le Conseil du Trésor du Canada.  
*Soloway, Wright*, Ottawa, pour l'intimée l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

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

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

MULDOON J.: The applicant's originating notice of motion, dated December 16, 1991, was filed the next day, in Vancouver, where the hearing took place on February 12, 1992. Here is the statement of remedies sought in the applicant's said notice:

LE JUGE MULDOON: L'avis introductif de requête de la requérante, daté du 16 décembre 1991, a été déposé le jour suivant à Vancouver, où l'audience a été tenue le 12 février 1992. Dans son avis, la requérante recherche les réparations suivantes:

1. An order in the nature of *certiorari* quashing the decision of the Canadian Human Rights Commission dated July 9, 1991 to stand down the Applicant's Complaint under the *Canadian Human Rights Act* alleging discrimination in employment on the grounds of sex, sexual orientation, marital status and family status.

[TRADUCTION] 1. Une ordonnance de la nature de *certiorari* visant à annuler la décision de la Commission canadienne des droits de la personne, rendue le 9 juillet 1991, de laisser en suspens la plainte déposée par la requérante en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, dans laquelle elle allègue une discrimination en matière d'emploi, fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial et la situation de famille.

2. (a) An order in the nature of *mandamus* compelling the Respondent to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Human Rights Tribunal pursuant to ss. 44(3)(a), and 49(1) of the *Canadian Human Rights Act*.

2. a) Une ordonnance de la nature de *mandamus* visant à enjoindre à l'intimée de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal des droits de la personne en application des art. 44(3)a) et 49(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

(b) In the alternative, an order in the nature of *mandamus* compelling the Respondent to determine whether there is a reasonable basis in the evidence to request the appointment of

b) Subsidièrement, une ordonnance de la nature de *mandamus* visant à enjoindre à l'intimée de déterminer si, en vertu des éléments de preuve, il existe un motif raisonnable de

a Human Rights Tribunal, pursuant to ss. 44(3) and 49(1) of the *Canadian Human Rights Act*.

Although no grounds for the motion are stated in the notice, they emerge clearly enough from a reading of the documents filed and from the opening statement of the applicant's counsel.

The principal ground is the decision of the Canadian Human Rights Commission (hereinafter also: CHRC or the Commission) to make the applicant wait, as she asserts unlawfully and unjustly, in the processing of her complaint before a Human Rights Tribunal (hereinafter also: a, or the, Tribunal) pending the decision of the Supreme Court of Canada in *Mossop v. Secretary of State and Treasury Board* (1989), 10 C.H.R.R. D/6064 (Trib.); revd *sub nom. Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (C.A.); leave granted January 25, 1991, (S.C.C. Bulletin, page 157, No. 22145).

The applicant, a woman, has a "domestic relationship" with another woman, whose child lives with, and is dependent on, her mother (that other woman), and the applicant. The applicant considers that other woman to be her spouse, an assertion which is largely the same as, or similar to, the matter in issue in the *Mossop* case. The CHRC wants to wait and see the final outcome of the *Mossop* case in the Supreme Court of Canada before acting on the applicant's complaint of discrimination.

Here is an excerpt from the applicant's counsel's opening statement, as transcribed:

As a preliminary matter, I wish to make clear that the applicant does not ask this Court to decide her case on the merits. We understand perfectly well that the jurisdiction to do that lies with a Tribunal. And we also take it as a given that the decisions of the Canadian Human Rights Commission about whether to appoint Tribunals or not, are decisions of an administrative nature rather than a judicial nature.

We will be asking this Court not to hear the applicant's case on the merits but rather to stop the Commission from doing that which it is not authorized by its enabling statute to do, that is holding a complaint in abeyance or standing it down pending the outcome of unrelated litigation involving substantially different issues. It is our position that standing down or holding in abeyance while awaiting the outcome of unrelated litigation

demander la constitution d'un tribunal des droits de la personne, en application des art. 44(3) et 49(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Bien que l'avis ne révèle rien des motifs de la requête, ceux-ci ressortent suffisamment de la lecture des documents déposés et de la déclaration d'ouverture de l'avocate de la requérante.

Le motif principal vise la décision de la Commission canadienne des droits de la personne (ci-après aussi: CCDP ou la Commission) de retarder, illégalement et injustement, prétend la requérante, le traitement de sa plainte devant un tribunal des droits de la personne (ci-après aussi: un, ou le tribunal) jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada statue dans l'affaire *Mossop c. Secrétariat d'État et Conseil du Trésor* (1989), 10 C.H.R.R. D/6064 (Trib.); inf. *sub nom. Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.), autorisation de pourvoi accordée le 25 janvier 1991 (C.S.C. Bulletin, page 157, n° 22145).

La requérante entretient une «relation familiale» avec une autre femme dont l'enfant à charge vit avec elles. La requérante considère cette autre femme comme sa conjointe, une affirmation en grande partie identique ou semblable à la question en litige dans l'affaire *Mossop*. La CCDP préfère attendre le résultat final de cette affaire devant la Cour suprême du Canada avant de donner suite à la plainte de discrimination déposée par la requérante.

Le passage suivant est une transcription de la déclaration d'ouverture de l'avocate de la requérante:

[TRADUCTION] À titre de question préliminaire, j'aimerais préciser que la requérante ne demande pas à cette Cour de trancher sa cause au fond. Nous comprenons très bien que cette compétence relève d'un tribunal. Nous tenons également pour acquis que les décisions de la Commission canadienne des droits de la personne sur la constitution d'un tribunal sont de nature administrative et non judiciaire.

Nous demanderons à cette Cour non pas d'entendre la cause de la requérante au fond, mais plutôt d'empêcher la Commission d'agir au-delà de sa loi habilitante en laissant une plainte en suspens jusqu'à ce qu'un litige non relié, mettant en cause des questions en grande partie différentes, soit tranché. Nous soutenons que ce choix n'appartient pas à la Commission puisque sa loi habilitante ne l'autorise pas à agir ainsi. Nous

tion involving substantially different issues is not an option that the Commission can take. It is not authorized by its statute to take that action. We will ask this Court to grant an order compelling the Commission to do that which it is legally bound to do by its statute.

The applicant has produced a statement of facts (and law) which is annexed to her affidavit sworn on December 16, 1991 as exhibit "A", and is also found at tab X, commencing at page 000199 of the applicant's motion record. The respondents' respective counsel (i.e. the CHRC and the Attorney General for the "government respondents") seem generally quite content with the applicant's statement of facts. Here, therefore, are passages selected to further the narrative:

1. At all material times the Applicant was employed by the Canada Employment and Immigration Commission. At various times the Applicant held the position of Native Program Officer, Supervisor of Employment Services and Coordinator of Job Entry. By reason of her employment, the Applicant was a member of a bargaining unit represented by the Public Service Alliance of Canada.

2. At all material times, the terms and conditions of the Applicant's employment were those in the Master Agreement negotiated between the Treasury Board of Canada and the Public Service Alliance of Canada, in force for the term July 1, 1988 to June 20, 1991.

3. Pursuant to the Master Agreement, the Applicant was required to join the Public Service Dental Care Plan. The Applicant was entitled to enrol herself in the Dental Care Plan as well as a spouse including a common-law spouse, and dependent children.

4. [The domestic relationship with the other woman, '(her partner)', has endured since 1983.]

5. On July 13, 1988 the Applicant submitted an enrollment form and requested the inclusion of her partner in the Dental Care Plan. The Pay and Benefits Section of Employment and Immigration Canada had already agreed to provide coverage for the dependent child.

6. On or about July 18, 1988 the Applicant was informed by the Pay and Benefits Section of Employment and Immigration Canada that Treasury Board would not provide Dental Care Plan coverage to her partner. The Applicant was advised that final disposition of her case would await the outcome of another employee's claim, namely that of James Watson who had applied for coverage under the same Dental Care Plan and been denied coverage for his partner who is a man. By letter dated May 10, 1989 the Applicant sought confirmation of the status of her application. She received a reply from her employer dated May 17, 1989.

7. In October of 1989 the Applicant submitted a claim for dental services rendered to her partner. On October 19, 1989 the

demandons à cette Cour de rendre une ordonnance enjoignant à la Commission de respecter ses obligations statutaires.

<sup>a</sup> La requérante a annexé à son affidavit, assermenté le 16 décembre 1991, un exposé des faits (et du droit), produit sous la pièce «A» et à l'onglet X, et qui débute à la page 000199 du dossier de requête de la requérante. Les avocates respectives des intimés (soit la CCDP et le procureur général pour les «intimés représentant le gouvernement») semblent en général très satisfaites de l'exposé des faits de la requérante. Par conséquent, la Cour reproduit certains passages qui faciliteront le récit:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] 1. À toutes les époques concernées, la requérante était à l'emploi de la Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada. À différents moments, elle a occupé le poste d'agente des programmes des autochtones, de superviseur des services d'emploi et de coordonnatrice de l'intégration professionnelle. En raison de son emploi, la requérante était membre de l'unité de négociation représentée par l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

<sup>c</sup> 2. À toutes les époques concernées, l'emploi de la requérante était régi par les modalités de la convention cadre négociée entre le Conseil du Trésor du Canada et l'Alliance de la Fonction publique du Canada, en vigueur du 1<sup>er</sup> juillet 1988 au 20 juin 1991.

<sup>d</sup> 3. Conformément à la convention cadre, la requérante a dû adhérer au régime de soins dentaires de la Fonction publique. Elle avait aussi le droit d'y inscrire un conjoint, dont un conjoint de fait, et des enfants à charge.

<sup>e</sup> 4. [La relation familiale avec l'autre femme, (sa partenaire), existe depuis 1983.]

<sup>f</sup> 5. Le 13 juillet 1988, la requérante a soumis une formule où elle demandait l'inscription de sa partenaire au régime de soins dentaires. La section de la paye et des avantages sociaux d'Emploi et Immigration Canada avait déjà accepté de couvrir l'enfant à charge.

<sup>g</sup> 6. Le ou vers le 18 juillet 1988, la requérante a été avisée par la même section que le Conseil du Trésor refusait les avantages du régime de soins dentaires à sa partenaire. On l'a informée que le règlement final de son cas attendrait le résultat de la demande de James Watson, un autre employé à qui on a refusé, pour son partenaire masculin, la couverture sous le même régime de soins dentaires. Dans une lettre du 10 mai 1989, la requérante a demandé une confirmation de l'état de sa demande. La réponse de son employeur est datée du 17 mai 1989.

<sup>h</sup> 7. En octobre 1989, la requérante a soumis une réclamation pour les soins dentaires fournis à sa partenaire. Le 19 octobre

Applicant was advised by Great-West Life Assurance, the insurance company carrying the Dental Plan, that based on the definition of spouse contained in the Master Agreement, the claim for dental services rendered to the Applicant's partner would not be accepted and that no future claims would be considered for her child.

8. Article M-2, paragraph (M) of the Master Agreement defines common-law spouse relationship as follows:

A "common-law spouse" relationship exists when for a continuous period of at least one year, an employee has lived with a person of the opposite sex, publicly represented that person to be his/her spouse, and continues to live with the person as if it were his/her spouse.

9. On September 29, 1989 the Applicant filed a written Complaint to the Canadian Human Rights Commission alleging discrimination based on the grounds of sex, marital status and family status.

10. On November 27, 1989 the Applicant filed her Complaint again, on the standard forms required by the Commission, naming as respondents: Employment and Immigration Canada (CHRC File #W06978); Treasury Board of Canada (CHRC File #W06974); Public Service Alliance of Canada (CHRC File #W06977).

11. On October 3, 1990 the Applicant's Complaint was amended to add sexual orientation as a ground of discrimination.

12. By letter dated February 26, 1990, Bob Fagan a Human Rights Officer of the Commission informed the Applicant's counsel that the Applicant's Complaint would be held in abeyance pending the release of the Federal Court of Appeal decision in the case of *Mossop v. Secretary of State and Treasury Board*, (1989) 10 C.H.R.R. D/6064 (Fed. Trib.); (1990) 12 C.H.R.R. D/355 (Fed. C.A.); leave to appeal to Supreme Court of Canada granted January 25, 1991.

13. By letter dated March 7, 1990 counsel for the Applicant objected to the Applicant's Complaint being held in abeyance.

14. By letter dated March 13, 1990 Paul Leroux the Director of the Western Region of The Commission indicated that the Commission staff had two choices, either holding on to the Applicant's Complaint pending release of the Federal Court of Appeal decision in the case of *Mossop* or sending the Applicant's Complaint to the Commissioners for consideration.

15. By letter dated March 19, 1990 counsel for the Applicant objected to the Applicant's Complaint being held in abeyance, explained that the outcome of *Mossop* would not necessarily be determinative of the Applicant's claims because Brian Mossop's claims and the Applicant's claims are completely different in important respects, and requested that the Applicant's Complaint be presented to the Commissioners.

16. By letter dated June 4, 1990 counsel for the Applicant provided an outline of legal arguments in support of the grounds of discrimination relied upon by the Applicant in her Complaint, and requested that the Complaint proceed to a hearing as soon as possible.

1989, elle a été avisée par la Great-West, Compagnie d'Assurance-Vie, qui couvre le régime de soins dentaires, qu'en vertu de la définition du terme «conjoint» de la convention cadre, la réclamation pour les soins dentaires fournis à sa partenaire était rejetée, et aucune demande à l'égard de son enfant ne serait à l'avenir accueillie.

8. L'article M-2, paragraphe (M) de la convention cadre, définit ainsi la relation de conjoint de fait:

Il existe des liens de «conjoint de fait» lorsque, pendant une période continue d'au moins une année, un employé-e a cohabité avec une personne du sexe opposé et l'a présentée publiquement comme son conjoint et continue à vivre avec cette personne comme si elle était son conjoint.

9. Le 29 septembre 1989, la requérante a déposé une plainte écrite à la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant la discrimination fondée sur le sexe, l'état matrimonial et la situation de famille.

10. Le 27 novembre 1989, la requérante a de nouveau déposé sa plainte, utilisant les formules courantes requises par la Commission, où elle a nommé, à titre d'intimés: Emploi et Immigration Canada (CCDP dossier # W06978); le Conseil du Trésor du Canada (CCDP dossier # W06974); l'Alliance de la Fonction publique du Canada (CCDP dossier # W06977).

11. Le 3 octobre 1990, la requérante a ajouté l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination de sa plainte.

12. Dans une lettre du 26 février 1990, Bob Fagan, agent des droits de la personne de la Commission, a avisé l'avocate de la requérante de la suspension de sa plainte jusqu'à ce que la Cour d'appel fédérale statue dans l'affaire *Mossop c. Secrétaire d'État et Conseil du Trésor* (1989), 10 C.H.R.R. D/6064 (Trib. féd.); (1990) 12 C.H.R.R. D/355 (C.A.F.); l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été accordée le 25 janvier 1991.

13. Dans une lettre du 7 mars 1990, l'avocate de la requérante s'est opposée à cette suspension.

14. Dans une lettre du 13 mars 1990, Paul Leroux, Directeur de la région de l'Ouest pour la Commission, a indiqué que deux possibilités s'offraient au personnel de la Commission, soit conserver la plainte de la requérante en attendant la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Mossop* ou la déférer aux commissaires pour examen.

15. Dans une lettre du 19 mars 1990, l'avocate de la requérante s'est opposée à la suspension de la plainte de celle-ci, en expliquant que l'issue de l'affaire *Mossop* ne déciderait pas nécessairement des réclamations de la requérante puisque celles-ci et celles de Brian Mossop sont tout à fait différentes sous d'importants aspects; elle a demandé que la plainte de la requérante soit soumise aux commissaires.

16. Dans une lettre du 4 juin 1990, l'avocate de la requérante a offert un aperçu de l'argumentation juridique appuyant les motifs de discrimination sur lesquels repose la plainte de la requérante, et elle a demandé que cette plainte soit entendue dès que possible.

17-18. [The Federal Court of Appeal decision, unfavourable to Mossop, was released on June 29/90, but on Oct.9/90 Leroux wrote that the applicant's complaint would be in abeyance pending the decision of the Supreme Court in *Mossop*.]

19. By letter dated October 22, 1990 counsel for the Applicant objected to the Applicant's Complaint being held in abeyance, on the basis that the Federal Court of Appeal decision in *Mossop* dealt only with family status discrimination whereas the Applicant's Complaint is based on three additional grounds of discrimination not raised in *Mossop*, namely sex, sexual orientation and marital status.

20. In an investigation report dated November 28, 1990 Bob Fagan and Paul Leroux recommended that the Applicant's Complaint be stood down. The investigation report found that there was no disagreement between the parties about the facts which gave rise to the Complaint. By letter dated April 16, 1991 Paul Leroux confirmed that his recommendation to the Commissioners would be to stand down the Applicant's Complaint.

21. On May 29, 1991 counsel for the Applicant made written submissions to the Commissioners requesting the appointment of a Tribunal, and objecting to the Applicant's Complaint being held in abeyance. An outline of legal arguments in support of the grounds of discrimination relied upon in the Applicant's Complaint was provided to the Commissioners.

22. By letter dated July 9, 1991 the Applicant was informed that the Commissioners had decided to stand down the Applicant's Complaint pending the decision of the Supreme Court of Canada in *Mossop*. There is no indication that the Commissioners considered the facts of the Applicant's Complaint and the ground of discrimination relied upon, in the context of the applicable law.

The Deputy Attorney General of Canada (hereinafter also: Dep. A.G.) denies the allegations asserted in paragraph 22 above. His counsel recites in the Crown respondents' motion record, at page 3, that:

The Commission has reviewed the investigation report of your complaint . . . as amended, alleging discrimination in employment on the grounds of family status, marital status, sex and sexual orientation. The Commission also reviewed the Submission dated May 29, 1991, signed by Shona A. Moore [applicant's counsel in the matter of the complaint to the CHRC].

The Commission has decided to stand down the complaint pending the decision of the Supreme Court of Canada in Brian Mossop against Secretary of State and Treasury Board. Following the release of the decision, the case will be brought forward once more for the Commission's consideration.

The investigator will contact you soon to discuss the matter further.

17-18. [Le jugement de la Cour d'appel fédérale, défavorable à Mossop, a été rendu le 29 juin 1990, mais le 9 octobre 1990, M. Leroux a écrit que la plainte de la requérante serait laissée en suspens jusqu'à ce que la Cour suprême se prononce dans l'affaire *Mossop*.]

19. Dans une lettre du 22 octobre 1990, l'avocate de la requérante s'est opposée à la suspension de la plainte de sa cliente pour le motif que l'arrêt *Mossop* de la Cour d'appel fédérale ne traitait que de la discrimination fondée sur la situation de famille, alors que la plainte de la requérante est fondée sur trois autres motifs de discrimination non soulevés dans cet arrêt, soit le sexe, l'orientation sexuelle et l'état matrimonial.

20. Dans un rapport d'enquête du 28 novembre 1990, Bob Fagan et Paul Leroux ont recommandé la suspension de la plainte de la requérante. Dans le rapport, on a conclu qu'aucun désaccord ne séparait les parties à l'égard des faits qui ont motivé la plainte. Dans une lettre du 16 avril 1991, Paul Leroux a confirmé qu'il recommanderait aux commissaires de laisser la plainte en suspens.

21. Le 29 mai 1991, dans ses observations écrites à l'intention des commissaires, l'avocate de la requérante a demandé la constitution d'un tribunal et elle s'est opposée à la suspension de la plainte de la requérante. Elle a fourni aux commissaires un aperçu de l'argumentation juridique appuyant les motifs de discrimination sur lesquels repose la plainte.

22. Dans une lettre du 9 juillet 1991, la requérante a été avisée de la suspension de sa plainte par les commissaires jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada statue dans l'affaire *Mossop*. Rien n'indique que les commissaires aient étudié les faits reliés à la plainte de la requérante et le motif de discrimination sur lequel elle repose, dans le contexte du droit applicable.

Le sous-procureur général du Canada nie les allégations contenues au paragraphe 22 ci-dessus. Son avocate expose, à la page 3 du dossier de requête des intimés représentant la Couronne, que:

[TRADUCTION] La Commission a étudié le rapport d'enquête portant sur votre plainte . . . telle que modifiée, où vous alléguiez la discrimination dans le cadre de votre emploi, fondée sur la situation de famille, l'état matrimonial, le sexe et l'orientation sexuelle. La Commission a également étudié les observations du 29 mai 1991, signées par Shona A. Moore [l'avocate de la requérante dans l'affaire de la plainte devant la CCDP].

La Commission a décidé de laisser la plainte en suspens jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada se prononce dans l'affaire Brian Mossop et le Secrétariat d'État et le Conseil du Trésor. Une fois le jugement rendu, l'affaire sera de nouveau soumise à l'examen de la Commission.

L'enquêteur communiquera avec vous bientôt afin de discuter de la question plus amplement.



For those passages counsel cites a letter dated July 9, 1991, from Lucie Veillette, the secretary of the CHRC, to the applicant, exhibit "T" annexed to Connie Gauvin's affidavit sworn in Vancouver on December 12, 1991, and tab W, page 000198 of the applicant's motion record.

Furthermore, in regard to the applicant's paragraph 21, the author somewhat elides the import of some of the letter's representations. For example (emphasis not in original text) the letter of May 29, 1991, states at its page 3 (motion's record page 000190):

The Complainant therefore submits that the Commission ought to resolve to stand down the complaint in respect of family status pending the final outcome of *Mossop* . . . [in the Supreme Court, given this letter's date], but should immediately proceed to hear the complaint on the grounds of marital status, sex and sexual orientation.

Counsel for the Dep. A.G., in her statement of law and argument, Part III of her motion record, (Crown respondents) takes issue with the applicant's view, writing at page 12 thereof:

24. Although it is not presently one of the enumerated grounds in section 3 of the Act, the applicant seeks to have the merits of her complaint considered by the Commission in relation to the ground of "sexual orientation". The applicant also seeks to have the merits of her complaint considered by the Commission in relation to the grounds of "family status". It is clear from her complaint that she relies on sections 9 and 10 of the Act and that the discriminatory practice complained of relates the situation of two persons living in a homosexual relationship.

25. It is submitted that the issues raised by the applicant are clearly issues that were dealt with by the Federal Court of Appeal in the *Mossop* case and that the relevance of the ultimate determination in that matter to the present case is obvious. Moreover, the relevance of the *Mossop* decision to the applicant's particular circumstances was acknowledged by counsel for the applicant in her correspondence of May 29, 1991. As noted above, this acknowledgment of relevance was before the Commission when it determined to stand down the applicant's complaint pending the decision of the Supreme Court of Canada in *Mossop*.

Section 3 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended (hereinafter also: the Act), runs thus:

À l'appui de ces passages, l'avocate cite une lettre du 9 juillet 1991, écrite par Lucie Veillette, secrétaire de la CCDP, à la requérante, pièce «T», annexée à l'affidavit de Connie Gauvin assermentée à Vancouver le 12 décembre 1991, et l'onglet W, page 000198 du dossier de requête de la requérante.

En outre, à l'égard du paragraphe 21 de la requérante, l'auteur néglige quelque peu l'importance de certaines observations contenues dans la lettre. Ainsi, (non souligné dans le texte original), à la page 3 de la lettre du 29 mai 1991, il est écrit (dossier de requête, page 000190):

[TRADUCTION] Par conséquent, la plaignante soutient que la Commission devrait décider de laisser la plainte en suspens à l'égard de la situation de famille jusqu'à la décision finale dans l'affaire *Mossop* . . . [à la Cour suprême, étant donné la date de cette lettre], mais elle devrait l'entendre immédiatement à l'égard de l'état matrimonial, du sexe et de l'orientation sexuelle.

L'avocate du sous-procureur général, dans son exposé du droit et dans sa plaidoirie, à la page 12 de la partie III de son dossier de requête, (intimés représentant la Couronne) conteste ainsi les prétentions de la requérante:

[TRADUCTION] 24. Bien que l'«orientation sexuelle» ne soit pas un motif énuméré à l'article 3 de la Loi, la requérante demande à la Commission d'étudier le bien-fondé de sa plainte à l'égard de ce motif. Elle demande également à la Commission d'en étudier le bien-fondé à l'égard du motif de la «situation de famille». Il ressort clairement de sa plainte qu'elle s'appuie sur les articles 9 et 10 de la Loi et que les actes discriminatoires dont elle se plaint visent la situation dans laquelle se trouvent deux personnes qui entretiennent une relation homosexuelle.

25. Nous soutenons que les questions soulevées par la requérante ont, de toute évidence, été étudiées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mossop* et que la décision finale dans cette affaire est évidemment pertinente à l'espèce. En outre, la pertinence de l'affaire *Mossop* aux circonstances particulières de la situation de la requérante a été reconnue par son avocate dans une lettre du 29 mai 1991. Comme on l'a remarqué précédemment, la Commission était au courant de cette constatation lorsqu'elle a laissé la plainte de la requérante en suspens en attendant la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mossop*.

L'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, telle que modifiée, (ci-après aussi appelée la Loi) est ainsi libellé:

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

(2) Where the ground of discrimination is pregnancy or child-birth, the discrimination shall be deemed to be on the ground of sex.

It is quite apparent that sexual orientation as the applicant would relate it to her assertion of family status is not a prohibited ground of discrimination described as such in section 3, or elsewhere in the Act. Although it is not for this Court to make a substantive adjudication of the applicant's complaint, this Court is required in these circumstances to scrutinize and review the CHRC's conduct of this matter, included in which is to observe why the CHRC acts as it does.

It is quite apparent, or observable, without formally deciding, that the applicant's claim for dental services rendered to her partner was not declined because of sex. After all the dental care plan is, it seems, available to both women and men equally, so the fact of the applicant's being a woman is not the basis for the alleged discrimination. Nor, it would seem, but without deciding, is the applicant's marital status the cause of the alleged discrimination. According to the material filed on the applicant's behalf, it appears that none of the respondents, including the Great West Life Assurance Company, has any regard whatever for whether she be single, married, widowed, separated or divorced. The applicant is thwarted in her claim for dental coverage for her partner because she asserts that their sexual orientation, while living together, vests them with the status of a family although they are, it seems, otherwise unrelated. The applicant and her partner are not "common-law spouses", for that concept bespeaks disparity of gender in the relationship.

Despite the absence of sexual orientation, or homosexuality in this instance, from the list of characteristics which are prohibited grounds of discrimination in the Act, the applicant's counsel urges the Court nevertheless to quash the CHRC's decision to stay its proceedings in the applicant's case, and to

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.

Manifestement, l'orientation sexuelle, comme la requérante cherche à la rattacher à sa situation de famille, n'est pas un motif de distinction illicite décrit comme tel à l'article 3 ou ailleurs dans la Loi. Bien qu'il ne soit pas du ressort de cette Cour de rendre un jugement au fond sur la plainte de la requérante, elle doit, en l'occurrence, examiner minutieusement et étudier le comportement de la CCDP dans cette affaire, notamment la raison de ce comportement.

Il semble tout à fait manifeste, ou visible, sans pour autant trancher formellement ce point, que le rejet de la réclamation de la requérante pour les soins dentaires fournis à sa partenaire ne tient pas de son sexe. Après tout, le régime de soins dentaires étant, semble-t-il, offert également aux femmes et aux hommes, le sexe de la requérante n'est pas un motif de la présumée discrimination. De plus, l'état matrimonial de la requérante ne semble pas, sans toutefois statuer sur ce point, être la cause de la présumée discrimination. Suivant les documents déposés pour le compte de la requérante, il apparaît qu'aucun des intimés, dont la Great-West, Compagnie d'Assurance-Vie, ne se soucie qu'elle soit célibataire, mariée, veuve, séparée ou divorcée. La requérante est frustrée dans sa réclamation pour les soins dentaires fournis à sa partenaire parce qu'elle affirme que leur orientation sexuelle, lorsqu'elles vivent ensemble, leur confère un statut de famille bien qu'elles ne soient pas, semble-t-il, autrement liées. La requérante et sa partenaire ne sont pas des «conjoints de fait», puisque cette notion exige une relation avec une personne du sexe opposé.

En dépit du fait qu'en l'espèce, l'orientation sexuelle ou l'homosexualité ne fassent pas partie des motifs de distinction illicite de la Loi, l'avocate de la requérante exhorte néanmoins la Cour à annuler la décision de la CCDP de suspendre les procédures dans la cause de la requérante, et à enjoindre à la

compel the Commission to get on with processing the applicant's case. The applicant, through counsel, misconstrues the CHRC's lawful scope of action. The CHRC is conducting itself more favourably for her than the applicant seems to understand.

That Commission's choice, at this time, is not between holding the applicant's case in abeyance, or else getting on with it: the choice is rather between holding it in abeyance, or else dismissing it out of hand. Sexual orientation is not the basis of any prohibited ground of discrimination. That being so, the Commission could hardly have been satisfied that inquiry into this complaint is warranted pursuant to subparagraphs 44(3)(a) (i) and (ii) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64] since no prohibited ground of discrimination is alleged. Indeed the matter might well have been stopped at the earlier stage prescribed by paragraph 41(c) of the Act, as being "beyond the jurisdiction of the Commission".

This situation is described by the majority judgment of the Supreme Court of Canada in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* [the *S.E.P.Q.A.* case], [1989] 2 S.C.R. 879, at pages 898-899, delivered by Mr. Justice Sopinka, cited by the applicant.

Section 36(3) [now subsection 44(3) of the Act] provides for two alternative courses of action upon receipt of the report. The Commission may either adopt the report "if it is satisfied" that the complaint has been substantiated, or it may dismiss the complaint if "it is satisfied that the complaint has not been substantiated". If the report is adopted, I presume that it is intended that a tribunal will be appointed under s. 39 unless the complaint is resolved by settlement. I come to this conclusion because otherwise there is no provision for any relief to the complainant consequent on adoption of the report. This aspect of the Commission's procedure has been clarified by amendments to the Act (S.C. 1985, c. 26, s. 69). The current version of s. 36(3) is contained in s. 44(3) of the R.S.C., 1985, c. H-6 (as amended by c. 31 (1st Supp.), s. 64) and now provides that, upon receipt of the report of the investigator, the Commission may request the appointment of a tribunal if it is satisfied that, having regard to all the circumstances, an inquiry into the complaint is warranted.

The other course of action is to dismiss the complaint. [Emphasis not in original text.]

Yes, presumably, a tribunal will be appointed if the outcome of the *Mossop* case be sufficiently favourable to the reading into the Act of "sexual orienta-

Commission de traiter son dossier. La requérante, par l'entremise de son avocate, interprète mal la portée légale du geste de la CCDP. Celle-ci se comporte plus à l'avantage de la requérante que cette dernière <sup>a</sup> ne semble comprendre.

La Commission ne peut, à ce moment-ci, choisir entre suspendre la cause de la requérante ou la traiter: elle ne peut que la suspendre ou la rejeter sur-le-champ. L'orientation sexuelle n'est le motif d'aucune distinction illicite. Pour cette raison, la Commission aurait difficilement pu être convaincue que l'enquête sur cette plainte est justifiée en vertu des sous-alinéas 44(3)a)(i) et (ii) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64] puisqu'aucun motif de distinction illicite n'est allégué. En fait, la Commission aurait très bien pu suspendre l'affaire à une étape précédente, prévue à l'alinéa 41c) de la Loi, pour le motif qu'elle n'était «pas de sa compétence».

Le juge Sopinka de la Cour suprême du Canada décrit cette situation au nom de la majorité dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* [l'arrêt *S.E.P.Q.A.*], [1989] 2 R.C.S. 879, aux pages 898 et 899, cité par la requérante.

Le paragraphe 36(3) [maintenant le paragraphe 44(3) de la Loi] prévoit deux possibilités sur réception du rapport. La Commission peut adopter le rapport si elle est «convaincue» que la plainte est fondée ou bien rejeter la plainte si elle «est convaincue [...] que la plainte n'est pas fondée». Je présume que, dans l'hypothèse de l'adoption du rapport, un tribunal est alors constitué en vertu de l'art. 39, à moins qu'intervienne un règlement de la plainte. J'arrive à cette conclusion parce qu'aucun autre redressement n'est prévu pour le plaignant à la suite de l'adoption du rapport. Cet aspect de la procédure devant la Commission a été élucidé par des modifications apportées à la Loi (S.C. 1985, chap. 26, art. 69). La version actuelle du par. 36(3) se trouve au par. 44(3) des L.R.C. (1985), chap. H-6 (modifié par chap. 31 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 64) qui dispose que, sur réception du rapport de l'enquêteur, la Commission peut demander la constitution d'un tribunal si elle est convaincue que, compte tenu des circonstances, l'examen de la plainte est justifié.

L'autre possibilité est le rejet de la plainte. [Non souligné dans le texte original.]

Certes, probablement qu'un tribunal sera constitué si l'arrêt *Mossop* se montre suffisamment favorable à une interprétation de la Loi qui inclurait l'«orienta-

tion” as the basis of a prohibited ground of discrimination for the CHRC to act on it; and, presumably, a tribunal will not be appointed if the outcome of the *Mossop* case be otherwise. There is nothing rationally akin to the circumstances of *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, in the case here at bar.

Is the CHRC behaving unfairly toward the applicant in keeping her complaint alive when it might have dismissed it? Hardly, for the Commission is not obliged by statute to move with promptitude in pursuing the first course of action mentioned by Sopinka J. Indeed it is strikingly noticeable that in prescribing those courses of action, Parliament in paragraph 44(3)(b) [as am. *idem*] provides that the Commission “shall dismiss the complaint” in the described circumstances, but in paragraph 44(3)(a) it provides that the Commission “may request the President of the . . . Panel to appoint a . . . Tribunal”. This Court interprets those disparate provisions to mean that when, for example, pursuant to paragraph 41(c), the CHRC finds itself to be without jurisdiction, it shall dismiss the complaint *sur-le-champ*, and it cannot by law do otherwise. However, when the CHRC finds that the complaint is warranted or justified it may request the appointment of a tribunal, “in accordance with section 49 [as am. *idem*, s. 66]”, which authorizes that CHRC “at any stage after the filing of a complaint [to make that] request . . .” [underlining added]. In the words of Sopinka J. in the *S.E.P.Q.A.* case, one can “presume . . . that a tribunal will be appointed”, but not necessarily *instante*, for the expression “may, at any stage” in subsection 49(1) appears to clothe the CHRC with a discretion to decide when (but always within good reason) the appointment of a tribunal will in fact be requested. The alternative, as the learned Judge held for the majority in *S.E.P.Q.A.*, “is to dismiss the complaint”. One cannot discern any unfairness to the applicant on the CHRC’s part at all.

One would think that rather than “bite” the hand which keeps her complaint alive, the applicant would (to mix a canine metaphor) let sleeping dogs lie.

The foregoing is not the approach of the applicant, through her counsel’s submissions. In fairness to the

tion sexuelle» comme motif de distinction illicite pour que la CCDP s’y range; et, probablement qu’un tribunal ne sera pas constitué si cet arrêt tranche dans un autre sens. Aucun lien rationnel ne relie l’espèce aux circonstances de l’arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

La CCDP se comporte-t-elle injustement envers la requérante en laissant subsister sa plainte alors qu’elle aurait bien pu la rejeter? Sûrement pas, car la Commission n’est pas tenue par la loi d’agir avec célérité en optant pour la première possibilité mentionnée par le juge Sopinka. En fait, il est tout à fait remarquable qu’en imposant ces possibilités, le Parlement prévoit, à l’alinéa 44(3)b) [mod., *idem*], que la Commission «rejette la plainte» dans les circonstances décrites, alors qu’à l’alinéa 44(3)a), il prévoit que la Commission «peut demander au président du Comité . . . de constituer . . . un tribunal». Pour cette Cour, ces dispositions dissemblables signifient que si, par exemple, conformément à l’alinéa 41c), la CCDP conclut qu’elle n’est pas compétente, elle doit rejeter la plainte *sur-le-champ*, et elle ne peut agir autrement en droit. Toutefois, si la CCDP conclut que la plainte est justifiée, elle peut demander la constitution d’un tribunal «en application de l’article 49 [mod., *idem*, art. 66]», qui prévoit que la CCDP peut, «à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, [présenter cette demande] . . . » [soulignements ajoutés]. Pour emprunter les termes du juge Sopinka dans l’arrêt *S.E.P.Q.A.*, l’on «presume . . . qu’un tribunal est alors constitué», mais pas nécessairement *sur-le-champ*, puisque l’expression «peut, à toute étape» du paragraphe 49(1) paraît conférer à la CCDP le pouvoir de décider du moment où (mais toujours dans des limites raisonnables) on demandera effectivement la constitution d’un tribunal. L’autre possibilité, comme le juge l’a conclu au nom de la majorité dans l’arrêt *S.E.P.Q.A.*, «est le rejet de la plainte». On ne peut déceler aucune injustice de la part de la CCDP à l’endroit de la requérante.

On pourrait penser que la requérante, plutôt que «griffer» la main qui conserve vie à sa plainte, ne (pour ajouter une métaphore féline) réveillerait pas le chat qui dort.

Ce qui précède n’est pas la position de la requérante, par l’entremise des observations de son avo-

applicant, it is not unreasonable to recite pertinent passages from her motion record's statement of fact and law. The Court does not necessarily rebuke, but merely notes the polemical quality of the submissions, which certainly makes the author's point of view unmistakable. Beginning at page 000203:

30. It is submitted that gender is the meaning of being a woman or a man in a given society and that sexuality is one of the significant social dimensions of gender.

31. Heterosexuality is the traditional sexual orientation or identity in the social context of gender inequality. Traditional gender role requirements for women accordingly include being socially submissive to and sexually available to men only. Homosexuality, lesbian existence in particular, challenges heterosexuality as a particular institution as well as the gendered and unequal social roles of which it is a part.

32. Discrimination on the basis of lesbian sexual orientation or identity is discrimination on the basis of sex. In the simplest sense, any time a lesbian or gay man is discriminated against because of homosexuality, she or he is discriminated against because of gender: but for their sex, or the sex of their sexual preference or partner, they would not be so treated. In the deeper sense, a lesbian sexual orientation or identity in particular challenges an institution of gender—heterosexuality—that in some of its norms and practices serves as a major vehicle for the inequality of women to men. To deprive lesbians or gay men or both of rights and opportunities by law because they violate the norms of sex inequality is to enforce sex inequality by law, in violation of section 15 of the *Charter*.

33. Not only is discrimination on the basis of lesbian sexual orientation or identity sex discrimination, there is some authority that it is an analogous and prohibited ground of discrimination pursuant to s. 15 of the *Charter*.

*Knodel v. AGBC* (August 30, 1991), unreported, B.C.S.C., Vancouver Registry No. A893414

*Haig and Birch v. The Queen* (1992) 5 O.R. (3d) 245

*Veysey v. Correctional Service of Canada* (1989) 29 F.T.R. 74 (F.C.T.D.)

*Veysey v. Correctional Service of Canada* (1990) 109 N.R. 300 (F.C.A.)

34. In this respect, the absence of sexual orientation from the list of proscribed grounds in s. 3 of the *Canadian Human Rights Act*, which legally legitimates discrimination against lesbians, is inconsistent with s. 15 of the *Charter*.

*Haig and Birch v. The Queen* (1992) 5 O.R. (3d) 245

35. Further, it is submitted that the denial of dental benefits to the Applicant's partner, based as it was on a restrictive defini-

cate. En toute justice pour la requérante, il n'est pas déraisonnable de reproduire les passages pertinents de l'exposé des faits et du droit de son dossier de requête. La Cour se contente de noter, sans la blâmer nécessairement, la nature polémique des observations, qui ne laissent aucun doute sur l'opinion de l'auteur. À partir de la page 000203:

[TRADUCTION] 30. Nous soumettons que le sexe est le fait d'être une femme ou un homme dans une société donnée, et que la sexualité est l'une des dimensions sociales importantes du sexe.

31. L'hétérosexualité est l'orientation ou l'identité sexuelle traditionnelle dans le contexte social de l'inégalité des sexes. Par conséquent, en vertu du rôle traditionnel des sexes, les femmes doivent notamment être socialement et sexuellement soumises aux hommes seulement. L'homosexualité, le lesbianisme en particulier, remet en question à la fois l'hétérosexualité comme institution particulière et les rôles sociaux, sexués et inégaux, sur lesquels elle repose.

32. La discrimination fondée sur l'orientation ou l'identité sexuelle lesbienne est une discrimination fondée sur le sexe. Dans son sens le plus simple, l'homosexuel(le) victime de discrimination en raison de son homosexualité est victime de discrimination fondée sur le sexe: n'était-ce de son sexe, ou de celui de sa préférence sexuelle ou de son partenaire, il(elle) ne serait pas traité(e) ainsi. Dans un sens plus profond, l'orientation ou l'identité sexuelle lesbienne, en particulier, remet en question une institution fondée sur le sexe—l'hétérosexualité—qui, au moyen de certaines de ses normes et pratiques, offre un véhicule important à l'inégalité entre les hommes et les femmes. Refuser au moyen de la loi des droits et des possibilités aux homosexuels parce qu'ils violent les normes de l'inégalité des sexes, c'est consacrer légalement cette inégalité, contrairement à l'article 15 de la *Charte*.

33. Non seulement la discrimination fondée sur l'orientation ou l'identité sexuelle lesbienne constitue-t-elle une discrimination fondée sur le sexe, selon une certaine jurisprudence elle serait un motif analogue ou illicite de discrimination prévu à l'article 15 de la *Charte*.

*Knodel v. AGBC* (30 août 1991), inédit, C.S.C.-B., Vancouver, n° de greffe A893414

*Haig and Birch v. The Queen* (1992) 5 O.R. (3d) 245

*Veysey c. Service correctionnel du Canada* (1989) 29 F.T.R. 74 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)

*Veysey c. Service correctionnel du Canada* (1990) 109 N.R. 300 (C.A.F.)

34. À cet égard, l'absence de l'orientation sexuelle de la liste des motifs illicites à l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui, en droit, rend légitime la discrimination à l'endroit des lesbiennes, est contraire à l'article 15 de la *Charte*.

*Haig and Birch v. The Queen* (1992) 5 O.R. (3d) 245

35. En outre, nous alléguons que le refus des soins dentaires à la partenaire de la requérante, fondé sur une définition restric-

tion of spouse, constitutes discrimination on the basis of marital status.

*Schapp. v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1990) 12 C.H.R.R. D/451 (F.C.A.)

36. With respect to the ground of family status, the Applicant submits that it is discrimination based on the ground of family status to make entitlement to benefits such as dental care conditional on conformity with a narrow and increasingly anachronistic conception of family. This unfairly favours employees in heterosexual relationships and penalizes employees in lesbian relationships. It also penalizes the children of lesbian parents.

37. An administrative tribunal which has been given the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid.

*Cuddy Chicks v. Ontario (Labour Relations Board)* (1991), 81 D.L.R. (4th) 121 (S.C.C.)

38. Underinclusive legislation may be extended, pursuant to s. 24 of the *Charter*, where it is appropriate and just to do so and where the positive right to equality ought to be guaranteed by a positive remedy.

*Schachter v. Canada* (1990), 66 D.L.R. (4th) 635 (Fed. C.A.)

The *Knodel* [*Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (B.C.S.C.)] decision, referred to in the above recited passages was considered and analyzed, and ultimately rejected by Mr. Justice Martin, of this Court in *Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.). He concluded [at page 705], as does this present Court, and for the same reasons, that the exclusion from spousal benefits of the chosen lifestyle of homosexual couples, “does not infringe the plaintiffs’ subsection 15(1) [*Charter*] rights on the basis of either their sex or their sexual orientation”.

It may be wondered why this Court is considering what was decided in *Knodel* and in *Egan*, when those considerations in these circumstances are more germane to the CHRC’s or to a tribunal’s deliberations. The Court is, in fact, asked to extend the scope of what the applicant considers to be under-inclusive legislation, by finding that, despite the absence of sexual orientation from section 3 of the Act, the Commission must be compelled to request the appointment of a tribunal right now, even if it be beyond its jurisdiction to do so in these circumstances. The applicant’s counsel, at the hearing indicated:

tive du terme «conjoint», constitue une discrimination fondée sur l’état matrimonial.

*Schapp. c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1990) 12 C.H.R.R. D/451 (C.A.F.)

36. À l’égard du motif de la situation de famille, la requérante soutient que le fait de rendre le droit à des avantages, tels que les soins dentaires, conditionnel au respect d’une conception étroite et de plus en plus anachronique de la famille, constitue une discrimination fondée sur la situation de famille. Cette injustice favorise les employés hétérosexuels, alors qu’elle pénalise les employées qui entretiennent des relations lesbiennes et leurs enfants.

37. Le tribunal administratif qui a reçu le pouvoir d’interpréter une loi détient le pouvoir concomitant de déterminer la constitutionnalité de cette loi.

*Cuddy Chicks c. Ontario (Commission des relations de travail)* (1991), 81 D.L.R. (4th) 121 (C.S.C.)

38. Une législation sélective peut être élargie, conformément à l’article 24 de la *Charte*, lorsqu’il est approprié et juste de le faire et lorsque le droit positif à l’égalité doit être garanti par une réparation positive.

*Schachter c. Canada* (1990), 66 D.L.R. (4th) 635 (C.A.F.)

L’arrêt *Knodel* [*Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (C.S.C.-B.)], mentionné dans les passages reproduits précédemment, a été étudié et finalement rejeté par le juge Martin de cette Cour dans l’arrêt *Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1<sup>re</sup> inst.). Il a conclu [à la page 705], comme cette Cour, et pour les mêmes motifs, que le refus des avantages dont bénéficient les conjoints aux couples ayant choisi de vivre une relation homosexuelle «ne porte pas atteinte aux droits que garantit aux demandeurs le paragraphe 15(1) [de la *Charte*] ni en raison de leur sexe ni en raison de leurs tendances sexuelles».

On peut se demander pourquoi cette Cour étudie ce qu’on a décidé dans les arrêts *Knodel* et *Egan*, alors que ces considérations, en l’occurrence, sont plus près des délibérations de la CCDP ou d’un tribunal. En fait, on demande à la Cour d’élargir la portée de ce que la requérante considère être une loi sélective, en concluant que, en dépit de l’absence de l’orientation sexuelle de l’article 3 de la Loi, il faut enjoindre à la Commission de constituer un tribunal dès maintenant, même si, en l’occurrence, cette compétence ne lui appartient pas. À l’audition, l’avocate de la requérante a indiqué ceci:

... the extent to which tribunals and indeed courts ... can, if you like, repair under-inclusive legislation so as to bring it into line with the *Charter*, to exercise what is in the United States jurisprudence to grant what is known as a remedy of extension, remains a somewhat open one.

The decision of the Supreme Court in *Schachter* ... is a case concerning the under-inclusiveness of unemployment insurance benefits will be important on this question. It has that very issue, the question of the power to extend. [Transcript, pages 39 and 40.]

In *Schachter* it was recognized that under-inclusive legislation may be extended by a Court, pursuant to Section 24, where it's appropriate and just to do so.

If this case were to go to a tribunal, ... counsel for the Applicant would have available, and would want to pursue, a number of different arguments concerning the interaction between the Charter and Human Rights legislation, and one might be to the effect that if the tribunal has the power to recognize and declare that its legislation is under-inclusive by not expressly including the ground sexual orientation but does not have the power to write in the ground it might nonetheless be arguable that the tribunal has the power to and, indeed, as a matter of statutory interpretation, the duty to extend or give the equal benefit of the grounds that do appear in the Act to persons who are gay and lesbian. [Transcript, pages 41 and 42.]

These are questions about how best to ensure that if the human rights of women and minorities are guarded within the context of a democratic framework in which a high value is placed upon decisions made by a majority.

I would submit that the question that was concerned, a Commission, however, is there some ambiguity about how this question will be resolved ultimately by the Supreme Court of Canada because it's clear that Charter jurisprudence and Human Rights jurisprudence are in a very active state of evolution and have been for the past ten years and will continue to be for quite some time. [Emphasis not in text.] [Transcript, page 43.]

This truly fascinating dialogue (for that is what it was) with counsel would not be very relevant to the matters in issue, if it were not for two considerations. The first is that despite her concise and competent advocacy, counsel did not persuade this Court that the CHRC's duty is to send the applicant's doubtful complaint to a tribunal without delay. The second is, as mentioned, that counsel really urges the Court to compel the CHRC to request a tribunal to enquire into a complaint involving sexual orientation where that matter is not mentioned in the Act. That course of judicial conduct would really amount to the Court's legislating, instead of Parliament. It may be

[TRADUCTION] ... la mesure dans laquelle les tribunaux et, en fait, les cours ... peuvent, si vous voulez, remédier à une législation sélective de façon à la rendre conforme à la *Charte*, pour exercer ce que la jurisprudence américaine qualifie de réparation par extension, demeure quelque peu incécise.

L'arrêt *Schachter* de la Cour suprême ... qui porte sur le caractère sélectif des avantages offerts par l'assurance-chômage, sera important sur ce point. Il pose cette question même, soit celle du pouvoir de donner de l'extension. [Transcription, pages 39 et 40.]

Dans l'arrêt *Schachter*, on a reconnu qu'un tribunal peut donner de l'extension à une loi, conformément à l'article 24, lorsqu'il est approprié et juste de le faire.

Si la présente affaire était soumise à un tribunal, ... , l'avocate de la requérante aurait à sa disposition, et souhaiterait faire valoir, divers moyens portant sur l'interaction entre la Charte et les lois sur les droits de la personne. Elle pourrait notamment prétendre que si le tribunal a le pouvoir de reconnaître et de déclarer que sa loi est sélective parce qu'elle n'inclut pas expressément l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination sans toutefois avoir le pouvoir d'inclure ce motif, il peut néanmoins et, en fait, en vertu de l'interprétation statutaire, il doit étendre ou accorder aux homosexuel(le)s le même bénéfice des motifs qui figurent dans la Loi. [Transcription, pages 41 et 42.]

Ces questions visent la recherche de la meilleure garantie des droits de la femme et des minorités dans le contexte d'un cadre démocratique dans lequel on accorde beaucoup de valeur aux décisions prises par la majorité.

J'alléguerais que la question en cause, une Commission, toutefois, la façon dont cette question sera tranchée finalement par la Cour suprême du Canada est-elle ambiguë? Car il est évident que la jurisprudence portant sur la Charte et sur les droits de la personne évolue à un rythme très rapide depuis les dix dernières années, phénomène qui se maintiendra encore longtemps. [Non souligné dans le texte original.] [Transcription, page 43.]

Ce dialogue des plus fascinants (puisque il s'agit d'un dialogue) avec l'avocate ne serait pas très pertinent aux questions en litige si ce n'était de deux considérations. En premier lieu, malgré sa plaidoirie brève et intelligente, l'avocate n'a pas convaincu cette Cour que la CCDP doit, sans délai, déférer à un tribunal la plainte douteuse de la requérante. En deuxième lieu, comme on l'a mentionné précédemment, l'avocate prie la Cour d'enjoindre à la CCDP de demander à un tribunal d'enquêter sur une plainte mettant en cause une orientation sexuelle, alors que ce motif n'est pas mentionné à la Loi. Si la Cour accédait à cette demande, elle se trouverait à légiférer

that the Act is under-inclusive, but it does not appear that Parliament so considered it to be.

The reality of a democratic society bespeaks rule by the people, and that, where the population is large and the territory extensive, means rule by the majority of the people's elected representatives. For an unelected judge to add what Parliament declined to include in legislation is redolent of anti-majoritarian, anti-democratic legislating. It is at least notionally otherwise in declaring already adopted legislation to be contrary to the constitutional values and imperatives which were put in place initially by the Parliamentary legislators. It is well to remember the words of Lamer J. (now C.J.C.) writing for the majority (within a unanimous panel, in the result) of the Supreme Court of Canada in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 497:

It ought not to be forgotten that the historic decision to entrench the *Charter* in our Constitution was taken not by the courts but by the elected representatives of the people of Canada. It was those representatives who extended the scope of constitutional adjudication and entrusted the courts with this new and onerous responsibility. Adjudication under the *Charter* must be approached free of any lingering doubts as to its legitimacy.

To decide that policy-based legislation "invented" and enacted by Parliament conflicts with constitutional values and imperatives is a legitimate posture for the Court; but for the Court itself to invent the legislation which has not been adopted by Parliament in order to fulfil policy ends urged by litigants, in an attempt presumably to satisfy constitutional values and imperatives, is not a legitimate posture for the Court. It circumvents the legislative branch, not only by usurping the policy choice of what to include in legislation, but also by effectively denying the legislative choice to re-configure or repeal any new constitutionally inclusive laws so made by an unelected judiciary, as if by command of the Constitution. That would be simply the abolition of majority rule and the legislature.

à la place du Parlement. La Loi est peut-être sélective, mais le Parlement ne paraît pas l'avoir considérée telle.

<sup>a</sup> Une société démocratique suppose le gouvernement populaire, c'est-à-dire, lorsque la population est importante et le territoire immense, le gouvernement par la majorité des représentants élus par la population. Aussi, qu'un juge non élu ajoute à une loi un élément que le Parlement a refusé d'y inclure représente donc un geste législatif contraire aux principes démocratiques et à la volonté de la majorité. Il est à tout le moins différent, du point de vue notionnel, de déclarer une loi déjà adoptée contraire aux valeurs et aux impératifs constitutionnels qui ont à l'origine été mis en place par le législateur parlementaire. Il convient de se rappeler les termes du juge Lamer (maintenant juge en chef du Canada) qui s'est prononcé au nom de la majorité (au sein d'une formation unanime, quant au résultat) de la Cour suprême du Canada dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 497:

<sup>e</sup> Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enclôser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.

<sup>g</sup> La Cour peut légitimement décider qu'une loi fondée sur une politique, «inventée» et adoptée par le Parlement, entre en conflit avec les valeurs et les impératifs constitutionnels; mais il en est autrement si la Cour elle-même invente une disposition législative non adoptée par le Parlement afin de servir les fins politiques recherchées par les plaideurs, vraisemblablement dans l'espoir de respecter des valeurs et des impératifs constitutionnels. Ce geste fait fi du pouvoir législatif, non seulement en usurpant le choix politique du contenu de la loi, mais aussi en supprimant effectivement le choix du législateur de modifier ou d'abroger de nouvelles lois qui, constitutionnellement, et par la décision d'une magistrature non élue, couvrent toutes les situations, comme si la Constitution l'exigeait. Il en serait ainsi fait du principe du gouvernement par la majorité et de la législation.



Society should be governed by laws, not merely judges. It is a well-known fact, of which the Court takes notice, that Canadian society is deeply riven over the question of homosexual behaviour, the course and direction of the applicant's sexual orientation. Firmly held attitudes of some consider such sexual orientation to be a sinful abomination and an irredeemable perversity, while to others' attitudes it is morally neutral and normal. To some, it should not be accorded recognition or status by law because that seems to legitimate a foul example for the impressionable young: it is still regarded as one of the obscene seeds of social decadence, even although decriminalized only about two decades ago. To others, such sexual orientation liberates expression of sexual preference, if not immutable proclivity; and homosexuals' unions have the same social status for legal protection as do heterosexuals' unions, in effect, normal basic family units of society. To most, Parliament was right to decriminalize homosexual behaviour, but to some it would be wrong to give it equal place with heterosexual behaviour; while to others, it already has equal status in nature and among humans and ought so to be recognized in law.

Simply to recite these notorious facts is to demonstrate that this is an issue for which it would be highly inappropriate for the courts to purport to legislate. The Court cannot properly act as a peripatetic pollster. Any posture of law clearly must be maintained or adopted by the legislature, (not the judicature) according to the democratic imperatives of the Constitution. In regard to the imperatives of majoritarian democracy, the applicant's plight is constitutionally quite akin to that of the plaintiff in *O'Sullivan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 522 (T.D.), as illustrated at pages 539-540 and 544-548. No doubt a modicum of judicial activism has a place in this country's society under the rule of law. However, when it comes to fuelling that activism by minting new, highly controversial rights, even by analogy to existing rights, the Court obviously ought not to be seduced into burning the fuel of legislative usurpation. The appropriate legislative authority to resolve the controversy is the democratically elected component of the legislature in this country of universal

La société devrait être régie par des lois, et non simplement par des juges. Tout le monde sait, et la Cour en tient compte, que la société canadienne est profondément partagée sur la question de l'homosexualité, le cours et la direction de l'orientation sexuelle de la requérante. Certains considèrent fermement une telle orientation sexuelle comme un sacrilège scandaleux et une perversité irrachetable, alors que d'autres la jugent moralement neutre et normale. Aux yeux de certains, on ne devrait pas lui accorder une reconnaissance ou un statut en droit parce que cela semble légitimer un exemple malsain pour la jeunesse influençable: on la voit toujours comme un des germes obscènes de la décadence sociale, même si elle n'est plus criminelle depuis deux décennies seulement. Pour d'autres, une telle orientation sexuelle est l'expression d'une préférence sexuelle, sinon d'une tendance immuable; et, à l'égard de la protection juridique, les unions homosexuelles ont le même statut social que les unions hétérosexuelles, unités familiales normales et fondamentales de la société. Pour la plupart, le Parlement a, à juste titre, décriminalisé l'homosexualité, mais pour certains, il serait erroné de lui accorder une place égale à l'hétérosexualité; pour d'autres, elle possède déjà un statut égal tant dans la nature que parmi les êtres humains, et elle doit être reconnue comme telle en droit.

Ces faits notoires démontrent bien qu'il s'agit d'une question à l'égard de laquelle il conviendrait mal aux tribunaux de prétendre légiférer. Il ne sied pas à la Cour d'agir à titre d'enquêteur péripatétique. Manifestement, toute prise de position en droit doit être maintenue ou consacrée par la législature (non pas la magistrature), conformément aux impératifs démocratiques de la Constitution. À l'égard des impératifs de la démocratie par la volonté de la majorité, la situation de la requérante est, du point de vue constitutionnel, tout à fait semblable à celle du demandeur dans l'arrêt *O'Sullivan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 522 (1<sup>re</sup> inst.), telle que démontrée aux pages 539 et 540, et 544 à 548. Sans doute un soupçon d'activisme judiciaire a-t-il sa place dans notre société en vertu de la primauté du droit. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'alimenter cet activisme en créant des droits nouveaux et très controversés, même par analogie avec des droits existants, la Cour doit évidemment éviter de s'arroger des fonctions législatives. Dans notre pays de suffrage universel adulte, il

adult suffrage. Indeed within the adversarial system of jurisprudence, lines of opinion on the litigants' parts tend always to harden. The seemingly "last resort" which is litigation runs entirely counter to civil discourse with its sources of non-courtroom rhetoric enabling a free and democratic society to enjoy the prospect of evolutionary change. So often in this century, impatience to circumvent the pace of democratically elected legislatures has led only to tyranny and violence, not the rule of law.

At this time the fat of courtroom rhetoric is in the Supreme Court's fire. Being constitutionally supreme, it may, in its wisdom, choose to legislate on sexual orientation or not. Until the Supreme Court's judgment be known, this judge prefers to leave the legislating to the legislature, Parliament.

Accordingly, the Court in these claims for discretionary relief will neither quash the CHRC's decision, nor command it to get on with the applicant's case, as if "sexual orientation", or "family status" founded on the particular homosexual orientation of the applicant and her partner, had been emplaced by Parliament in the Act. Still applicable are the principles of *mandamus* enunciated by this Court's Appeal Division in *O'Grady v. Whyte*, [1983] 1 F.C. 719. The application on all of its expressed bases will be dismissed with party-and-party costs in favour of the Crown respondents only, if any or both of them seek costs.

appartient à l'élément démocratiquement élu de la législature de dissiper la controverse. En fait, dans le contexte du système contradictoire de la jurisprudence, les positions adoptées par les plaideurs tendent irrémédiablement à se durcir. Le «dernier recours» apparent qu'est le litige s'oppose nettement aux procédures non contentieuses, dont les négociations menées à l'extérieur des tribunaux permettent à une société libre et démocratique de profiter de la perspective de l'évolution des mentalités. À maintes reprises au cours du siècle, la hâte à modifier l'allure des législatures démocratiquement élues n'a conduit qu'à la tyrannie et la violence, et non à la primauté du droit.

À ce moment-ci, les plaidoiries sont soumises à la Cour suprême. Constitutionnellement suprême, elle peut, dans sa sagesse, choisir de légiférer ou non sur l'orientation sexuelle. Jusqu'à ce que la décision de la Cour suprême soit rendue, le présent juge préfère laisser tout geste législatif à la législature, c'est-à-dire au Parlement.

En conséquence, la Cour, dans les présentes demandes de redressement discrétionnaire, n'annulera pas la décision de la CCDP ni n'ordonnera à celle-ci de traiter le dossier de la requérante comme si l'«orientation sexuelle» ou la «situation de famille» fondée sur l'orientation homosexuelle particulière de la requérante et de sa partenaire avait été insérée par le Parlement dans la Loi. Les règles d'application du *mandamus* énoncées par la Section d'appel de cette Cour dans l'arrêt *O'Grady c. Whyte*, [1983] 1 C.F. 719, demeurent applicables. La requête, à l'égard de tous les motifs exprimés, sera rejetée avec les frais entre parties en faveur seulement des intimés représentant la Couronne, si l'un ou l'autre d'eux les demandent.