

A-573-95

A-573-95

Carol Nielsen (*Appellant*) (*Applicant*)**Carol Nielsen** (*appelante*) (*requérante*)

v.

c.

Canada Employment and Immigration Commission, Treasury Board of Canada, and Public Service Alliance of Canada (*Respondents*)**La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, le Conseil du Trésor du Canada, et l'Alliance de la fonction publique du Canada** (*intimés*)

and

et

The Canadian Human Rights Commission (*Intervenor*)**La Commission canadienne des droits de la personne** (*intervenante*)**INDEXED AS: NIELSEN v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: NIELSEN c. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Marceau, Linden and Robertson JJ.A.—Vancouver, May 21 and 22; Ottawa, June 17, 1997.

Cour d'appel, juges Marceau, Linden et Robertson, J.C.A.—Vancouver, 21 et 22 mai; Ottawa, 17 juin 1997.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Human rights — Effect of O.C.A. declaration "sexual orientation" had to be added to grounds of discrimination proscribed by CHRA — Dispositions open to courts where legislation held in conflict with Charter — Questions that arise: whether judgment speaks only to future or also to past; who is bound? — S.C.C. decision in Schachter v. Canada judicially considered — Question of retroactivity of judgment upon constitutional challenge cannot be separated from question as to who is bound — Where decision that of provincial court, not binding on third parties outside court's territorial jurisdiction [obiter] — In instant case, CHRC bound as party to O.C.A. case.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Droits de la personne — Effet de la déclaration de la C.A.O. selon laquelle «l'orientation sexuelle» devait être ajoutée aux motifs de distinction illicite prévus dans la LCDP — Solutions juridiques à la disposition des cours de justice dans les cas où la loi entre en conflit avec la Charte — Questions posées: le jugement s'applique-t-il uniquement pour l'avenir ou a-t-il aussi un effet sur le passé; qui est lié par le jugement? — Décision de la C.S.C. dans Schachter c. Canada examinée par la Cour — La question de l'application rétroactive d'un jugement traitant d'une attaque constitutionnelle ne peut être dissociée de la question de savoir qui est lié par le jugement — La décision d'une cour provinciale ne lie pas les tiers qui se trouvent en dehors du ressort territorial de la Cour [opinion incidente] — En l'espèce, la CCDP est liée par le jugement de la C.A.O., parce qu'elle était partie à l'instance.

Construction of statutes — Complaint of discrimination relating to employer's refusal to provide dental care insurance coverage to same-sex partner, child filed in 1989 — Held in abeyance pending judicial determination of case dealing with similar issues: Canada (Attorney General) v. Mossop — In 1992 O.C.A., in Haig case, declaring "sexual orientation" added to grounds of discrimination proscribed by Canadian Human Rights Act, s. 3 — S.C.C. delivering judgment in Mossop in 1993 — CHRC taking position would not proceed with complaints based on sexual orientation if alleged discriminating conduct antedating Haig — Appeal allowed — Haig having retroactive effect — Review of four dispositions

Interprétation des lois — Plainte de discrimination ayant trait au refus de l'employeur de fournir une couverture d'assurance pour soins dentaires pour une partenaire homosexuelle et la fille de celle-ci en 1989 — L'étude de la plainte a été suspendue en attendant que la Cour se prononce dans une affaire traitant de questions semblables: Canada (Procureur général) c. Mossop — En 1992, dans l'arrêt Haig, la C.A.O. a déclaré que «l'orientation sexuelle» devait être ajoutée aux motifs de distinction illicite prévus à l'art. 3 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — La C.S.C. a rendu son jugement dans l'affaire Mossop en 1993 — La CCDP a décidé de ne plus donner suite aux plaintes fondées sur l'orientation

courts may make upon holding law contravening Charter — Addition to statute of what was improperly excluded (“reading in”) retroactive, while legislative amendment prospective only — Pronouncement on state of law by provincial court, not binding on third parties outside tribunal’s jurisdiction — But CHRC bound as party to proceedings in Haig — As CHRC erred in view complaint not subject to Haig declaration, Trial Judge required to set aside CHRC’s decision.

Judges and Courts — Effect of O.C.A. declaration “sexual orientation” must be added to grounds of discrimination proscribed by Canadian Human Rights Act — Considering Canadian judicial system, having no binding effect on third parties outside Court’s territorial jurisdiction — Inconceivable unappealed decision of any provincial court, even a court of first instance presided over by judge alone, determining law for all Canadians — Territorial limitations of Haig decision explains why Parliament had to amend law by adding “sexual orientation” to Act, s. 3 — Opinion obiter as, in instant case, CHRC party to case before O.C.A.

Human rights — Appeal from Trial Division’s dismissal of application for judicial review of CHRC’s dismissal of complaint of discrimination based on employer’s refusal to provide dental care coverage to same-sex partner — Complaint filed in 1989 — Held in abeyance pending determination of Canada (Attorney General) v. Mossop — In 1992 O.C.A. in Haig case declaring “sexual orientation” had to be added to proscribed grounds of discrimination in CHRA, s. 3 — In 1993 S.C.C. holding same-sex couples not included in definition of “family” under CHRA: Mossop — CHRC dismissing complaint as not subject to Haig as alleged discrimination antedated that case — Appeal allowed — “Reading in” in Haig retroactive — As CHRC party to Haig case, judgment binding on it.

This was an appeal from the Trial Division’s dismissal of an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Commission (CHRC) to dismiss

sexuelle si les actes supposément discriminatoires étaient antérieurs à l’affaire Haig — Appel accueilli — Le jugement Haig a un effet rétroactif — Examen des quatre solutions auxquelles peuvent avoir recours les tribunaux pour décider qu’une loi contrevient à la Charte — Ajouter à la loi ce qui en a été exclu à tort (interprétation large) est une solution ayant un effet rétroactif, alors que la modification législative est uniquement prospective — Un jugement sur l’état du droit par une cour provinciale ne lie pas les tiers qui se trouvent en dehors du ressort territorial du tribunal — Mais la CCDP est liée parce qu’elle était partie au litige dans l’affaire Haig — Comme la CCDP a commis une erreur en décidant que la plainte n’était pas assujettie à la déclaration énoncée dans Haig, le juge de première instance devait infirmer la décision de la CCDP.

Juges et tribunaux — Effet de la déclaration de la C.A.O. selon laquelle «l’orientation sexuelle» devait être ajoutée aux motifs de distinction illicite prévus dans la Loi canadienne sur les droits de la personne — Compte tenu du système judiciaire canadien, cette déclaration n’a aucun effet obligatoire pour les tiers qui se trouvent à l’extérieur du ressort territorial du tribunal — Il est inconcevable qu’une décision d’une cour provinciale, qui n’est pas portée en appel, même une cour de première instance présidée par un juge seul, puisse déterminer quelle est la loi du pays pour l’ensemble des Canadiens — Les limites territoriales de la décision Haig expliquent pourquoi le Parlement a dû modifier la loi en ajoutant «l’orientation sexuelle» à l’art. 3 de la Loi — Cette opinion est incidente étant donné qu’en l’espèce la CCDP était partie au litige devant la C.A.O.

Droits de la personne — Appel du refus de la Section de première instance d’accueillir une demande de contrôle judiciaire d’une décision dans laquelle la CCDP a rejeté une plainte de discrimination se fondant sur le refus de l’employeur de fournir une couverture d’assurance pour soins dentaires à une partenaire homosexuelle — La plainte a été déposée en 1989 — Elle a été suspendue en attendant le prononcé du jugement dans Canada (Procureur général) c. Mossop — En 1992, dans l’affaire Haig, la C.A.O. a déclaré que «l’orientation sexuelle» devait être ajoutée aux motifs de distinction illicite prévus à l’art. 3 de la LCDP — En 1993, la C.S.C. a statué que les couples homosexuels n’étaient pas inclus dans la définition de «famille» donnée dans la LCDP: Mossop — La CCDP a rejeté la plainte en statuant qu’elle n’était pas assujettie au jugement Haig étant donné que les allégations de discrimination étaient antérieures à cette affaire — Appel accueilli — Le jugement Haig est rétroactif — Comme la CCDP était partie au litige dans l’affaire Haig, elle est liée par ce jugement.

Il s’agit d’un appel du refus de la Section de première instance d’accueillir une demande de contrôle judiciaire d’une décision dans laquelle la Commission canadienne

a complaint of discrimination. In 1989, the appellant had filed a complaint alleging discrimination because her employer refused to provide dental care insurance coverage for her same-sex partner and her partner's child. Her submission was that the refusal constituted discrimination pursuant to the *Canadian Human Rights Act* (CHRA) on the grounds of sex, marital and family status, to which grounds she later added sexual orientation. The Commission decided to hold the complaint in abeyance pending judicial determination of a case which dealt with similar issues: *Canada (Attorney General) v. Mossop*. The *Mossop* case was still pending before the Supreme Court of Canada (S.C.C.) when, in 1992, in *Haig v. Canada*, the Ontario Court of Appeal issued a declaration that "sexual orientation" had to be added to the grounds of discrimination proscribed by CHRA, section 3. In 1993, the S.C.C. issued its judgment in *Mossop*. A majority held that same-sex couples were not included in the definition of "family" under the Act. In not proceeding with the complaint herein, the Commission took the position that it would not proceed with complaints based on sexual orientation if the alleged discriminating conduct antedated the *Haig* ruling. The Trial Judge held that sexual orientation became part of section 3 on the date of the judgment that read the words into it.

The issue was whether *Haig* was retroactive to 1989.

Held, the appeal should be allowed.

The *Haig* decision necessarily had retroactive effect. The judiciary may resort to four different pronouncements when confronted with a provision of law that appears to conflict with the Charter: (1) a declaration that the provision is wholly unconstitutional, and therefore of no force or effect; (2) a declaration that only that part of the provision that is offensive is unconstitutional so as to let the remainder of the provision survive on its own merit; (3) a suspension for a time of the declaration of invalidity in order to allow the legislature to intervene and take corrective action; and (4) addition to the statute of what was improperly excluded from it.

The question of whether the judgment speaks only to the future, or also to the past, is answered by a mere consideration of the meaning and purpose of the particular pronouncement. A declaration of invalidity goes undoubtedly to the past since it says, in effect, that the law was *ultra vires* the legislature and, therefore, never acquired legal force and effect. It does not mean that all that could have resulted from the application of the

des droits de la personne (CCDP) a rejeté une plainte de discrimination. En 1989, l'appelante a déposé une plainte de discrimination parce que son employeur avait refusé de lui assurer une couverture d'assurance pour soins dentaires pour sa partenaire homosexuelle et la fille de celle-ci. Elle faisait valoir que le refus constituait de la discrimination aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) fondée sur le sexe, l'état matrimonial et la situation de famille, motifs auxquels elle a ajouté ultérieurement l'orientation sexuelle. La Commission a décidé de suspendre l'examen de la plainte en attendant le jugement d'une affaire traitant de questions semblables: *Canada (Procureur général) c. Mossop*. L'affaire *Mossop* se trouvait toujours en instance devant la Cour suprême du Canada (C.S.C.) quand, en 1992, dans l'affaire *Haig c. Canada*, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que «l'orientation sexuelle» devait être ajoutée aux motifs de distinction illicite prévus à l'article 3 de la LCDP. En 1993, la C.S.C. s'est prononcée sur l'affaire *Mossop*. La Cour a statué à la majorité que les couples homosexuels n'étaient pas inclus dans la définition du terme «famille» donnée dans la Loi. En ne poursuivant pas l'examen de la plainte en l'espèce, la Commission avait décidé de ne plus donner suite aux plaintes fondées sur l'orientation sexuelle si les actes supposément discriminatoires avaient précédé l'affaire *Haig*. Le juge de première instance a statué que l'orientation sexuelle n'a été ajoutée aux motifs énoncés à l'article 3 qu'à la date du jugement qui a inclus cette expression dans cet article.

La question était de savoir si le jugement *Haig* avait un effet rétroactif jusqu'en 1989.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Le jugement *Haig* a nécessairement un effet rétroactif. Les cours de justice peuvent avoir recours à quatre solutions juridiques quand elles sont au prise avec une disposition législative qui semble aller à l'encontre de la Charte: (1) déclarer qu'une disposition est entièrement inconstitutionnelle et, par conséquent, qu'elle est inopérante; (2) déclarer inconstitutionnelle uniquement la partie fautive de la disposition en laissant le reste de celle-ci subsister selon son bien-fondé; (3) suspendre pendant un certain temps l'effet de la déclaration d'invalidité afin de laisser le temps au législateur d'intervenir et d'adopter des mesures correctrices; et (4) inclure dans la loi ce qui en a été exclu à tort.

On peut répondre à la question de savoir si le jugement s'applique uniquement pour l'avenir, ou s'il a aussi un effet sur le passé, en examinant simplement le sens et l'objet de la solution qui est retenue. Une déclaration d'invalidité s'applique sans aucun espèce de doute au passé étant donné qu'elle affirme, dans les faits, que la loi est *ultra vires* de la législature et, par conséquent, qu'elle n'a jamais eu d'effet juridique. Cela ne signifie pas que

invalid law will be affected. The law did not have legal existence, but it nevertheless existed as a fact and the legal system must give effect to that reality if chaos is to be avoided. The invalid law may not govern or influence transactions or situations not already closed or spent by the advent of a term of prescription, or the lapse of a limitation period, or the application of the mistake of law doctrine, or the principle of *res judicata*.

On the other hand, a suspension of the declaration of invalidity in order to give the legislature time to intervene necessarily validates the provision for the past. The suspended declaration of invalidity, if it becomes effective by the failure of the legislative authority to act within the time prescribed, will only look to the future.

The other two remedies are complementary: one corrects "over-inclusiveness" in a provision of law and the other addresses "under-inclusiveness". In both cases, the purpose is the same, i.e. to avoid the sanction of invalidity applicable to the provision or the program as a whole, and the technique does not vary, as courts simply invoke their duty and power of statutory interpretation. In both cases, the basis of the judgment is that the provision must be understood, interpreted and read as the legislature would have written it, or rewritten it upon the advent of the Charter, had it been properly informed as to the limits of its powers. This does not allow any other conclusion than that the Court means to go back to the time of enactment or the coming into force of the Charter in 1982. The "reading in" technique is retroactive, while an amendment by a legislature is, in principle, prospective only.

The pronouncement is a judgment on the state of the law; it is in the nature of a judgment *in rem*, the application of which is not limited to the parties in the proceedings. But the judgment does not have binding effect on third parties outside the territorial jurisdiction of the tribunal. It is inconceivable that an unappealed judgment of any provincial court could determine the law of the land for all Canadians. The territorial limitations of the *Haig* decision explain why Parliament had to amend the law by adding "sexual orientation" to section 3 of the Act. In any event, the Commission, as a party to the *Haig* case, was bound by the decision. Therefore, the Commission's view, that the appellant's complaint was not subject to the *Haig* declaration, was wrong. The Trial Judge was accordingly required to set aside the Commission's decision, and refer the matter back to it for reconsideration.

tout ce qui peut avoir découlé des applications de la loi invalide sera touché. La loi n'avait pas d'existence légale, mais elle a néanmoins existé dans les faits et le système juridique ne peut que donner effet à cette réalité pour éviter le chaos. La loi invalide ne peut régir ou influencer des opérations ou des situations qui ne sont pas déjà réglées du fait qu'elles sont prescrites, que le délai de prescription est écoulé, ou par suite de l'application de la doctrine de l'erreur de droit ou du principe de la chose jugée.

Par ailleurs, la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité afin de donner le temps au législateur d'intervenir entraîne nécessairement la validation de la disposition pour le passé. La déclaration d'invalidité qui est suspendue, si elle vient à prendre effet parce que le législateur n'aura pas agi dans le délai prescrit, n'aura d'effet que pour l'avenir.

Les deux autres solutions sont complémentaires: l'une supprime «ce qui a été inclus en trop» dans une disposition législative et l'autre incorpore ce qui en «a été exclu à tort». Dans les deux cas, le but est le même, c'est-à-dire éviter une déclaration d'invalidité qui toucherait la disposition ou le programme dans son ensemble et, dans les deux cas, la technique ne varie pas, étant donné que les cours de justice invoquent simplement leur obligation et leur pouvoir d'interpréter les lois. Dans les deux cas, le jugement se fonde de façon non équivoque sur le fait que la disposition doit être comprise, interprétée et lue comme si le législateur l'avait rédigée ou réécrite, au moment de l'adoption de la Charte, s'il avait été adéquatement informé à cette date des limites de ses pouvoirs. Cela amène inévitablement à conclure que la Cour a l'intention de remonter au moment de l'adoption ou de l'entrée en vigueur de la Charte en 1982. La technique de «l'interprétation large» est rétroactive alors que la modification faite par le législateur est, en principe, uniquement prospective.

La déclaration est un jugement sur l'état du droit; cela relève de la nature d'un jugement *in rem*, dont l'application n'est pas limitée aux parties à l'instance. Cependant, le jugement n'a pas d'effet obligatoire sur les tiers qui ne se trouvent pas dans le ressort territorial du tribunal. Il est inconcevable qu'un jugement d'une cour provinciale, qui n'a pas été porté en appel, puisse déterminer quelle est la loi du pays pour l'ensemble des Canadiens. Les limites territoriales de la déclaration énoncée dans *Haig* expliquent pourquoi le législateur a dû modifier l'article 3 de la Loi pour ajouter «l'orientation sexuelle». De toute façon, la Commission, qui était une partie dans l'affaire *Haig*, est liée par cette décision. Par conséquent, l'opinion de la Commission selon laquelle la plainte de l'appelante n'était pas assujettie à la déclaration énoncée dans *Haig*, est erronée. Le juge de première instance n'avait d'autre choix que d'infirmar la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire pour réexamen.

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].

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2), 44(3)(b)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), 54(1).

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Haig v. Canada (1992), 9 O.R. (3d) 495; 94 D.L.R. (4th) 1; 40 C.R.R. (2d) 287; 57 O.A.C. 272 (C.A.).

CONSIDERED:

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.); affd [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321.

REFERRED TO:

St. Catharines v. H.E.P. Com'n., [1930] 1 D.L.R. 409 (P.C.); affg [1928] 1 D.L.R. 598; (1928), 61 O.L.R. 465 (H.C.); *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

AUTHORS CITED

Fitzgerald, Oonagh E. *Understanding Charter Remedies: A Practitioner's Guide*, Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

APPEAL from the Trial Division's dismissal ((1995), 97 F.T.R. 282 (F.C.T.D.)) of an application

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].

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2), 44(3)(b)(i) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64), 54(1).

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 sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Haig c. Canada (1992), 9 O.R. (3d) 495; 94 D.L.R. (4th) 1; 40 C.R.R. (2d) 287; 57 O.A.C. 272 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

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.); conf. par [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321.

DÉCISIONS CITÉES:

St. Catharines v. H.E.P. Com'n., [1930] 1 D.L.R. 409 (P.C.); conf. [1928] 1 D.L.R. 598; (1928), 61 O.L.R. 465 (H.C. de l'Ont.); *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

DOCTRINE

Fitzgerald, Oonagh E. *Understanding Charter Remedies: A Practitioner's Guide*, Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

APPEL du refus de la Section de première instance ((1995), 97 F.T.R. 282 (C.F. 1^{re} inst.)) d'ac-

for judicial review of the CHRC's dismissal of a complaint of discrimination on the ground of sexual orientation because the discriminating conduct antedated the declaration of the Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* that "sexual orientation" had to be added to the grounds of discrimination prohibited by *Canadian Human Rights Act*, section 3. Appeal allowed.

COUNSEL:

Katherine A. Hardie for appellant (applicant).

Darlene M. Patrick for respondents Canada Employment and Immigration Commission and Treasury Board of Canada.

Andrew J. Raven for respondent Public Service Alliance of Canada.

Fiona W. Keith for intervenor Canadian Human Rights Commission.

SOLICITORS:

B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver, for appellant (applicant).

Deputy Attorney General of Canada for respondents Canada Employment and Immigration Commission and Treasury Board of Canada.

Raven, Jewitt and Allen, Ottawa, for respondent Public Service Alliance of Canada.

Legal Services, Canadian Human Rights Commission for intervenor Canadian Human Rights Commission.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

cueillir une demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la CCDP a rejeté une plainte de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle parce que la conduite discriminatoire était antérieure à la déclaration de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Haig c. Canada*, selon laquelle «l'orientation sexuelle» devait être ajoutée aux motifs de distinction illicite énoncés à l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Appel accueilli.

AVOCATS:

Katherine A. Hardie pour l'appelante (requérante).

Darlene M. Patrick pour les intimés Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et Conseil du Trésor du Canada.

Andrew J. Raven pour l'intimée l'Alliance de la fonction publique du Canada.

Fiona W. Keith pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

PROCUREURS:

B.C. Public Interest Advocacy Centre, Vancouver, pour l'appelante (requérante).

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et Conseil du Trésor du Canada.

Raven, Jewitt and Allen, Ottawa, pour l'intimée l'Alliance de la fonction publique du Canada.

Service juridique, Commission canadienne des droits de la personne, pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

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

1 MARCEAU J.A.: On November 23, 1993, the Canadian Human Rights Commission issued a decision dismissing a complaint of discrimination lodged by the appellant pursuant to subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6]. The Commission was acting on the authority of subparagraph 44(3)(b)(i) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64] of the Act, which allows it to refuse to pursue a complaint if "having regard to

1 LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Le 23 novembre 1993, la Commission canadienne des droits de la personne a pris la décision de rejeter une plainte de discrimination déposée par l'appelante aux termes du paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6]. La Commission agissait en vertu du pouvoir qui lui est conféré par le sous-alinéa 44(3)b)(i) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64] de la Loi, qui

all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted". The decision was attacked in the Trial Division [(1995), 97 F.T.R. 282], by way of judicial review, under section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)]. The application was dismissed and this is an appeal from that dismissal.

2 The parties raised many issues in advancing their respective arguments. There were lengthy debates on the extent to which deference is due to the decision of the Canadian Human Rights Commission; the nature of its discretion in rejecting a complaint under section 44 of its enabling legislation; the role of the Court in reviewing a decision to that effect; the consequence of a change in the legislation or its interpretation while a case is pending, and especially, as we will see, the effects of judgments dealing with constitutional issues. In fact, however, I now think that the appeal can be disposed of on the basis of a relatively simple analysis.

3 First, let us quickly review the facts. The appellant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) on September 29, 1989. At the time, she was a federal public servant and her complaint was about the refusal of the government to provide dental care insurance coverage for her same-sex partner and her partner's child. Her claim was that the refusal constituted discrimination pursuant to the *Canadian Human Rights Act* (the Act) on the grounds of sex, marital and family status, to which grounds she later added sexual orientation. The Commission decided to hold the complaint in abeyance pending judicial determination of a case which dealt with similar issues, that of *Canada (Attorney General) v. Mossop*. This was the case of a homosexual couple who contended that they constituted a "family" and were therefore dis-

l'autorise à refuser de poursuivre l'examen d'une plainte si elle est convaincue que «compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié». La décision a été contestée devant la Section de première instance [(1995), 97 F.T.R. 282], dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)]. La demande a été rejetée, et c'est ce refus qui fait l'objet du présent appel.

2 Les parties ont soulevé de nombreuses questions dans la présentation de leurs arguments respectifs. Il y a eu de longs débats sur la question du degré de retenue judiciaire dont la Cour doit faire preuve à l'égard de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne; sur la nature de son pouvoir discrétionnaire dans le rejet d'une plainte fondée sur l'article 44 de sa loi constitutive; sur le rôle de la Cour dans le contrôle d'une décision à cet effet; sur les conséquences d'une modification apportée à la loi ou de son interprétation pendant qu'une cause est en instance et, particulièrement, comme nous le verrons, sur les effets des jugements ayant trait à des questions constitutionnelles. En fait, toutefois, je pense que l'appel peut maintenant être réglé en s'appuyant sur une analyse relativement simple.

3 Tout d'abord, passons rapidement les faits en revue. L'appelante a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) le 29 septembre 1989. À l'époque, elle était fonctionnaire fédérale et sa plainte portait sur le refus du gouvernement de lui assurer une couverture d'assurance pour soins dentaires pour sa partenaire homosexuelle et pour la fille de celle-ci. Elle faisait valoir que le refus constituait de la discrimination aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi) fondée sur le sexe, l'état matrimonial et la situation de famille, motifs auxquels elle a ajouté ultérieurement l'orientation sexuelle. La Commission a décidé de suspendre l'examen de la plainte en attendant le jugement d'une affaire traitant de questions semblables, soit *Canada (Procureur général) c. Mossop*. Dans cette affaire, un couple homo-

criminated against on the sole basis of their “family status”—a ground of discrimination formally proscribed by section 3 of the Act—when they had been denied benefits accorded to heterosexual couples. A human rights tribunal had accepted the contention and its decision, when the Commission received the appellant’s complaint, was under review in the Federal Court of Appeal. On June 29, 1990, the decision of the Federal Court of Appeal refusing to sanction the acceptance by the Commission of Mr. Mossop’s contention was released.¹ An appeal to the Supreme Court was immediately launched. The Commission kept the appellant’s complaint in abeyance.

4 The *Mossop* appeal was still pending before the Supreme Court when, on August 6, 1992, in *Haig v. Canada*,² the Ontario Court of Appeal, in proceedings brought by two homosexual members of the Armed Forces who had been made the subject of a policy directive denying homosexuals eligibility for promotions, issued a declaration to the effect that “sexual orientation” had to be added to the grounds of discrimination proscribed by section 3 of the Act. Then, on February 25, 1993, the Supreme Court of Canada delivered its judgment in *Mossop*.³ A majority of the members of the Court were in agreement with the Federal Court of Appeal that the Commission was wrong in applying the “family status” protection to the homosexual couple. Parliament had obviously not intended to include same-sex couples in its definition of “family” under the Act. The Court noted that, in light of the Ontario Court of Appeal decision in *Haig, supra*, the constitutionality of section 3 of the Act could have been challenged on the basis of the absence of sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination, but as the appellant had declined the invitation to do so, the Court could only rule on the argument initially advanced, that of discrimination on the basis of “family status”.

5 The appellant’s complaint was now, at last, ready for consideration. The Commission had before it the

sexuel prétendait constituer une «famille» et avoir été victime de discrimination du seul fait de la «situation de famille»—un motif de distinction formellement prohibé par l’article 3 de la Loi—parce qu’on lui avait refusé les avantages accordés aux couples hétérosexuels. Un tribunal des droits de la personne avait accepté cette prétention et sa décision, quand la Commission a reçu la plainte de l’appelante, était en appel devant la Cour d’appel fédérale. Le 29 juin 1990, la Cour d’appel fédérale refusait de sanctionner l’acceptation par la Commission de la prétention de M. Mossop¹. Un pourvoi à la Cour suprême a immédiatement été formé. La Commission a donc maintenu la suspension de la plainte déposée par l’appelante.

4 L’affaire *Mossop* se trouvait toujours en instance devant la Cour suprême quand, le 6 août 1992, la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’affaire *Haig v. Canada*², une action intentée par deux homosexuels membres des Forces armées visés par une directive cadre refusant aux homosexuels la possibilité d’obtenir des promotions, déclarait que «l’orientation sexuelle» devait être ajoutée aux motifs de distinction illicite prévus à l’article 3 de la Loi. Par la suite, soit le 25 février 1993, la Cour suprême du Canada s’est prononcée sur l’affaire *Mossop*³. La Cour a souscrit majoritairement à l’opinion de la Cour d’appel fédérale selon laquelle la Commission avait eu tort d’appliquer la protection concernant la «situation de famille» au couple homosexuel. Le législateur n’avait manifestement pas eu l’intention d’inclure les couples de même sexe dans la définition du terme «famille» contenue dans la Loi. Au vu de la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Haig* (précité), la Cour a noté que la constitutionnalité de l’article 3 de la Loi aurait pu être contestée au motif que l’orientation sexuelle ne figurait pas dans la liste des motifs de distinction illicite, mais que, comme l’appelante n’avait pas répondu à l’invitation de soulever une telle contestation, la Cour ne pouvait que se prononcer sur l’argument initialement présenté, c’est-à-dire celui de la discrimination fondée sur la «situation de famille».

5 La plainte de l’appelante pouvait donc, enfin, être examinée. La Commission était saisie non seulement

judgment it had been waiting for, but it also had the *Haig* judgment which it could not ignore. On November 23, 1993, the Commission finally issued its decision, which it simply expressed in the words of the statute: "considering all the circumstances of the complaint, no further proceedings are warranted." In effect, and this is not disputed, the Commission was taking the position that it would not proceed with complaints based *inter alia* on sexual orientation if the alleged discriminating conduct antedated the *Haig* ruling.

6 The learned Trial Division Judge dismissed the application for review. He disagreed with the contention that the decision in *Haig* had a retroactive effect going back to 1989, the year the complaint was filed. Such a result appeared to him to be contrary to the fundamental, if not absolute, principle of law against retroactivity. From his point of view, sexual orientation became part of section 3 of the Act on the date of the judgment that read the words into it. He rejected the argument that throughout the period from 1989 to the *Haig* decision in 1992, the appellant's complaint was "in the system," so that it should be disposed of on the basis of the law as it existed at the end of the process, as in criminal proceedings. This judicial rule was applied in criminal proceedings, in his opinion, for reasons that do not extend to civil matters. The Commission's decision, he said, was purely administrative, and need not have been supported by specific reasons, amongst which could very well have been considerations of administrative efficiency and public policy. On the whole, the decision did not appear to him to be so unreasonable as to allow and require the Court's intervention by way of judicial review.

7 Such are the main aspects of the decision that is put in question before us and the factual context in which it was rendered. Let us examine its merits.

8 I said at the outset that, despite the apparent complexity of the case and the number of issues seem-

du jugement qu'elle avait attendu, mais aussi de l'arrêt *Haig* qu'elle ne pouvait ignorer. Le 23 novembre 1993, la Commission a finalement rendu sa décision, qu'elle exprimait simplement en reprenant les mots de la Loi: [TRADUCTION] «après examen de l'ensemble des circonstances de la plainte, il n'y a plus lieu de lui donner suite». En fait, et cela n'est pas contesté, la Commission avait décidé de ne plus donner suite aux plaintes fondées notamment sur l'orientation sexuelle, si les actes supposément discriminatoires avaient précédé l'affaire *Haig*.

6 Le juge de la Section de première instance a rejeté la demande de contrôle. Il a refusé de souscrire à la prétention selon laquelle la décision dans *Haig* avait un effet rétroactif remontant jusqu'à 1989, c'est-à-dire l'année au cours de laquelle la plainte avait été déposée. Un tel résultat lui semblait contraire au principe de droit fondamental, sinon absolu, interdisant l'application rétroactive de la loi. De son point de vue, l'orientation sexuelle n'a été ajoutée aux motifs énoncés à l'article 3 de la Loi qu'à la date du jugement qui a inclus cette expression dans cet article. Il a rejeté l'argument selon lequel, de 1989 jusqu'à la décision *Haig* en 1992, la plainte de l'appelante «était en cours», de sorte qu'elle pouvait être tranchée en fonction du droit en vigueur à la fin de la procédure, comme dans les procédures criminelles. À son avis, cette règle judiciaire a été appliquée dans les procédures criminelles pour des motifs qui ne s'étendent pas aux affaires civiles. Selon lui, la décision de la Commission était purement administrative et ne devait même pas être étayée de motifs précis, parmi lesquels on aurait fort bien pu retrouver des considérations d'efficacité administrative et d'ordre public. Dans l'ensemble, la décision ne lui semblait pas déraisonnable au point de justifier et d'exiger l'intervention de la Cour par voie de contrôle judiciaire.

7 Voilà donc les principaux aspects de la décision dont nous sommes saisis et le contexte factuel dans lequel elle a été rendue. Il faut maintenant en examiner le bien-fondé.

8 J'ai dit dès le début que, malgré l'apparente complexité de l'affaire et le nombre de questions qui

ingly involved, and long debated by counsel, I was of the view that the appeal could be dealt with on the basis of relatively simple reasoning. This is so for two reasons.

semblent être en cause, et qui ont été longuement débattues par les avocats, j'étais d'avis que le règlement de l'appel pouvait s'appuyer sur un raisonnement relativement simple. Il en est ainsi pour deux raisons.

9 First, the disposition of one of the issues may render moot all the others. A finding that the *Haig* judgment has to be given retroactive effect would indeed be, by itself, decisive of the appeal. The reason is that, if there is such retroactivity, the major, if not the sole, consideration which led the Commission to its conclusion—a fact, I repeat, on which there is agreement—would have been without legal foundation. The Trial Division Judge would then have had no choice but to allow the application for review and send the matter back to the tribunal for reconsideration.⁴ The deference due to the Commission on review of a subsection 54(1) decision would obviously have no bearing on the case and, at the same time, the question of whether to apply the “in the system” rule, followed in criminal proceedings with respect to changes in the law introduced before final judgment, would become irrelevant. In fact, this is precisely the situation, since I have come to the conclusion that the *Haig* judgment necessarily has retroactive effect.

Tout d'abord, le règlement de l'une des questions peut rendre les autres caduques. La conclusion que le jugement *Haig* doit avoir une application rétroactive aurait, en elle-même, un effet décisif sur l'appel. La raison en est que, si une telle application rétroactive est possible, la principale sinon l'unique considération qui a amené la Commission à sa conclusion—un fait, je le répète, sur lequel les parties s'entendent—n'aurait pas de fondement juridique. Le juge de la Section de première instance n'aurait alors eu d'autre choix que d'accueillir la demande de contrôle et de renvoyer la question au tribunal pour réexamen⁴. La retenue judiciaire qui est due à la Commission dans le cadre du contrôle d'une décision fondée sur le paragraphe 54(1) n'aurait manifestement aucune incidence sur l'affaire et, simultanément, la question de savoir si la règle des affaires «en cours», qui est suivie dans les procédures criminelles relativement aux modifications apportées à la loi avant que le jugement final soit rendu, n'aurait plus de pertinence. En fait, telle est précisément la situation, étant donné que j'en suis venu à la conclusion que le jugement *Haig* a nécessairement un effet rétroactif.

10 The second reason why I now see the case as being more straightforward than it appeared at first is that my conclusion that retroactive effect must be given to a judgment like *Haig* is drawn from a simple analysis of what such a judgment really means and intends to achieve.

La deuxième raison pour laquelle je considère maintenant que cette affaire est plus simple qu'elle ne le paraissait au début, c'est que ma conclusion selon laquelle l'effet rétroactif doit être donné à un jugement comme *Haig* est tirée d'une simple analyse de ce qu'un jugement signifie réellement et de ce qu'il cherche à accomplir.

11 It is well known that the Supreme Court, in its landmark decision in *Schachter*,⁵ confirmed that the judiciary may resort to four different judicial pronouncements when confronted with a provision of law that appears to be in conflict with 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

Il est bien connu que la Cour suprême, dans l'arrêt de principe *Schachter*⁵, a confirmé que les cours de justice peuvent avoir recours à quatre solutions juridiques quand elles sont aux prises avec une disposition législative qui semble aller à l'encontre 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,

II, No. 44]]. The first and basic one is the sanction formally required by 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]], namely, a declaration that the provision is wholly unconstitutional and, therefore, of no force or effect. Another pronouncement, which had been applied in the past and was also provided for in section 52, in view of the use therein of the words "to the extent of the inconsistency," is to sever the part of the provision that is offensive and declare unconstitutional only that part so as to let the remainder of the provision survive on its own merit. The third remedy, previously devised by the Supreme Court in the *Reference re Manitoba Language Rights*⁶ and found to be somehow included in the inherent powers of the judiciary so as to allow it to avoid the disruptive effects of an immediate nullification of a law, is to suspend, for a time, the declaration of invalidity in order to allow the legislature to intervene and take corrective action. And the fourth remedy, a hitherto completely new and unheard of pronouncement, is the adding to the statute of what was improperly excluded from it. Two questions arise as to the effects of any one of these four different judicial pronouncements: does the judgment speak only to the future or also to the past, and who is bound by it?

ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. La première solution, qui est aussi la solution fondamentale, est la sanction formellement exigée par le 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]], savoir la déclaration qu'une disposition est entièrement inconstitutionnelle et, par conséquent, qu'elle est inopérante. Une autre solution, qui a été appliquée par le passé et qui est également prévue à l'article 52, puisqu'elle s'appuie sur les mots de la version anglaise «*to the extent of the inconsistency*» (les dispositions incompatibles) de cet article, consiste à dissocier la partie fautive de la disposition et de déclarer inconstitutionnelle uniquement cette partie en laissant le reste de la disposition subsister selon son bien-fondé. Le troisième redressement, qui a déjà été énoncé par la Cour suprême dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*⁶ et qui se trouve inclus, d'une manière ou d'une autre, dans les pouvoirs inhérents des cours de justice de façon à leur permettre d'éviter les perturbations qu'entraînerait l'annulation immédiate d'une loi, consiste à suspendre, pendant un certain temps, l'effet de la déclaration d'invalidité afin de laisser le temps au législateur d'intervenir et d'adopter les mesures correctrices. Finalement, le quatrième redressement, une solution complètement nouvelle et inusitée, consiste à inclure dans la loi ce qui en a été exclu à tort. Deux questions se posent quant aux effets de l'une ou l'autre de ces quatre solutions juridiques: le jugement s'applique-t-il uniquement pour l'avenir ou a-t-il aussi un effet sur le passé, et qui est lié par ce jugement?

12 The first question is easily answered, I think, by a mere consideration of the meaning and purpose of the particular pronouncement involved. A declaration of invalidity goes undoubtedly, as I see it, to the past since what it says, in effect, is that the law was *ultra vires* the legislature and, therefore, never acquired legal force and effect. The judgment does not create a new legal situation; it has a date and will be operative in the future, but it simply declares what is and what always has been. It does not mean that all that could have resulted from the application of the invalid law will be affected. The law did not

La réponse à la première question se trouve facilement, je pense, en examinant tout simplement le sens et l'objet de la solution qui est retenue. Une déclaration d'invalidité s'applique, sans aucune espèce de doute, selon mon interprétation, au passé étant donné qu'elle affirme, dans les faits, que la loi est *ultra vires* de la législature et, par conséquent, qu'elle n'a jamais eu d'effet juridique. Le jugement ne crée pas une nouvelle situation juridique; il a été rendu à une date donnée et il s'appliquera pour l'avenir, mais il déclare simplement ce qui est et ce qui a toujours été. Cela ne signifie pas que tout ce

12

have legal existence, but it nevertheless existed as a fact and the legal system cannot but give effect to that reality if chaos is to be avoided.⁷ However, the invalid law may not govern or influence transactions or situations not already closed or spent by the advent of a term of prescription, or the lapse of a limitation period, or the application of the mistake of law doctrine, or the principle of *res judicata*, or otherwise. There is no reason, in that respect, to treat differently a law declared *ultra vires* by reason of the division of powers and one so declared by reason of the requirements of the Charter, although I agree that, in the latter case, some special accommodation may become necessary.

qui peut avoir découlé de l'application de la loi invalide sera touché. La loi n'avait pas d'existence légale, mais elle a néanmoins existé dans les faits et le système juridique ne peut que donner effet à cette réalité pour éviter le chaos⁷. Toutefois, la loi invalide ne peut régir ou influencer des opérations ou des situations qui ne sont pas déjà réglées du fait qu'elles sont prescrites, que le délai de prescription est écoulé, ou par suite de l'application de la doctrine de l'erreur de droit, du principe de la chose jugée ou de tout autre principe. Il n'y a pas de raison, à cet égard, de traiter différemment une loi déclarée *ultra vires* en raison du partage des pouvoirs et une loi déclarée invalide en raison des dispositions de la Charte même si j'accepte que, dans ce dernier cas, il puisse être nécessaire d'apporter des aménagements spéciaux.

13 On the other hand, a suspension of the declaration of invalidity in order to give the legislature time to intervene necessarily validates the provision for the past. The suspended declaration of invalidity, if it becomes effective by the failure of the legislative authority to act within the time prescribed, will only look to the future. This is indeed its very purpose.⁸ It may be difficult to understand that the judiciary may give temporary effect to a provision of law that the legislature had no power to enact and the resort by the Court to such a pronouncement has often been criticized as leaving the successful litigant with no remedy.⁹ But, as regards the absence of special benefit for the litigant, it should be borne in mind that we are dealing here not with the behaviour of the administration but with an enactment of the legislature itself and, as regards the peculiar nature of the assumed judicial power, it could be regarded as an extension of the role and duty of the courts to assure the maintenance of peace and the preservation of the "normative order" and the rule of law.

Par ailleurs, la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité afin de donner au législateur le temps d'intervenir entraîne nécessairement la validation de la disposition pour le passé. La déclaration d'invalidité qui est suspendue, si elle vient à prendre effet parce que le législateur n'aura pas agi dans le délai prescrit, n'aura d'effet que pour l'avenir. En fait, c'est précisément son but⁸. Il peut être difficile de comprendre que les cours de justice puissent donner un effet temporaire à une disposition législative que la législature n'avait pas le pouvoir d'adopter et le recours à une telle solution a souvent été critiqué parce qu'il prive la partie qui a eu gain de cause d'une réparation adéquate⁹. Mais, concernant l'absence d'un avantage spécial pour la partie en cause, il faut se souvenir que nous traitons ici non pas du comportement de l'administration, mais de l'adoption d'une loi par le législateur lui-même et, concernant la nature particulière du pouvoir judiciaire qui est assumé, celui-ci peut être considéré comme un élargissement du rôle et du devoir des cours de justice d'assurer le maintien de la paix et la protection de «l'ordre normatif» et de la règle de droit.

14 The two other possible pronouncements defined in *Schachter* ought to be considered together, although, in many aspects, they present themselves as two quite different remedies. One had been resorted to in

Les deux autres solutions possibles définies dans *Schachter* doivent être examinées ensemble bien qu'à plusieurs égards elles se présentent comme deux réparations tout à fait différentes. L'une de ces

13

14

the past, long before the advent of the Charter; the other had never been heard of before *Schachter*. One has a direct relation to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*; the other is completely outside the purview of subsection 52(1). One “re-does” properly what the legislature has already done, albeit improperly; the other adds to what the legislature has done, and even, at times, as in our case, goes against the will of the legislature. However, the two remedies have the same purpose and employ the same judicial technique. They are rightly presented in *Schachter* as being complementary: one corrects “over-inclusiveness” in a provision of law and the other addresses “under-inclusiveness.” In both cases, the purpose is the same, i.e., to avoid the sanction of invalidity applicable to the provision or the program as a whole, and in both cases the technique does not vary, as courts simply invoke their duty and power of statutory interpretation. There may be a great deal of fiction in that approach, but here again the interests of stability and continuity have prevailed. In any event, it remains that, in both cases, the basis of the judgment is unequivocally that the provision must be understood, interpreted and read as the legislature would have written it, or rewritten it upon the advent of the Charter, had the legislature then been properly informed as to the limits of its powers. This, it seems to me, does not allow any other conclusion than that the Court means to go back to the time of enactment or the coming into force of the Charter, in 1982. The Ontario Court of Appeal saw it this way in *Haig*, the reason for its intervention against the suspension order of the Court of first instance being, in large part at least, to ensure that the benefit of the ruling would enure to the two complainants.¹⁰ And, likewise, the Supreme Court saw it this way in the sole “reading in” judgment it has rendered, to my knowledge, that of *Miron v. Trudel*.¹¹ The end result is somewhat surprising in that the “reading in” technique, which, I agree, is akin to a judicial amendment, is retroactive while an amendment by a legislature is, in principle, prospective only. But the essence of the remedy is to that effect. It may be that one day the courts will feel the need for a new remedy in order to give effect to some new reading of the Charter, responsive to prevailing socio-economic conditions, and

solutions a déjà été utilisée, bien avant l’adoption de la Charte; l’autre était tout à fait inconnue avant *Schachter*. La première a un lien direct avec le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; l’autre est complètement en dehors de la portée du paragraphe 52(1). La première «refait» correctement ce que le législateur a déjà fait, quoique d’une façon erronée; l’autre ajoute à ce que le législateur a fait et même, parfois, comme en l’espèce, va à l’encontre de la volonté du législateur. Toutefois, les deux réparations ont le même but et ont recours à la même technique juridique. Elles sont présentées à bon droit dans *Schachter* comme étant complémentaires: l’une supprime «ce qui a été inclus en trop» dans une disposition législative et l’autre incorpore ce qui en «a été exclu à tort». Dans les deux cas, le but est le même, c’est-à-dire éviter une déclaration d’invalidité qui toucherait la disposition ou le programme dans son ensemble, et dans les deux cas, la technique ne varie pas, étant donné que les cours de justice invoquent simplement leur obligation et leur pouvoir d’interpréter les lois. Il y a peut-être beaucoup de fiction dans cette solution, mais, ici encore, ce sont les intérêts de la stabilité et de la continuité qui ont prévalu. De toute façon, il reste que, dans les deux cas, le jugement se fonde de façon non équivoque sur le fait que la disposition doit être comprise, interprétée et lue comme si le législateur l’avait rédigée, ou réécrite, au moment de l’adoption de la Charte, s’il avait été adéquatement informé à cette date des limites de ses pouvoirs. Il me semble que cela nous amène inévitablement à conclure que la Cour a l’intention de remonter au moment de l’adoption ou de l’entrée en vigueur de la Charte en 1982. C’est cette façon de voir qu’a adoptée la Cour d’appel de l’Ontario dans *Haig*, la raison de son intervention contre l’ordonnance de suspension rendue par le tribunal de première instance étant, du moins en très grande partie, de s’assurer que la décision allait bénéficier aux deux plaignants¹⁰. De même, c’est l’attitude qu’a adoptée la Cour suprême dans le seul jugement qu’elle a rendu à ma connaissance en s’appuyant sur «l’interprétation large», savoir *Miron c. Trudel*¹¹. Le résultat final est un peu surprenant en ce sens que la technique de «l’interprétation large» qui, j’en conviens, équivaut à une modification apportée par le tribunal, est rétroactive alors que

will assume the power to validate a law until judgment while adding something to it for the future. This is not what we are dealing with here.

la modification faite par le législateur est, en principe, uniquement prospective. Mais c'est là l'objet essentiel de ce redressement. Il se peut qu'un jour les cours de justice estiment qu'un nouveau redressement s'impose pour donner effet à une nouvelle interprétation de la Charte, qui réponde mieux aux conditions socio-économiques en place, et qu'elles assument le pouvoir de valider une loi jusqu'au prononcé du jugement tout en ajoutant quelque élément à cette loi pour l'avenir. Ce n'est pas ce dont nous traitons en l'espèce.

15 The question of retroactivity of a judgment of the Court dealing with a constitutional challenge can hardly be isolated from the second question respecting the extent of the application of the judgment. Who is bound by the judgment?

La question de l'application rétroactive d'un jugement de la Cour traitant d'une attaque constitutionnelle peut difficilement être dissociée de la deuxième question concernant l'étendue de l'application du jugement. Qui est lié par le jugement?

16 The short answer is that this is a judgment on the state of the law; it is in the nature of a judgment *in rem*, the application of which is not limited to the parties in the proceedings as is a judgment *inter partes* rendered to determine the rights of the litigants. There is a problem, however, as to whether the judgment has binding effect on third parties outside the territorial jurisdiction of the tribunal.¹² I do not believe it has, considering the judicial system of the country. It appears inconceivable to me that an unappealed judgment of any provincial court, even a court of first instance presided over by a judge alone, could determine the law of the land for all Canadians. It is the territorial limitations of the reach of the *Haig* declaration, it appears to me, that explains why the Supreme Court of Canada in *Mossop* could render judgment in 1993 by reading section 3 of the *Canadian Human Rights Act* without regard to it. It is the same limitations that also explain why Parliament had to amend section 3 of the *Canadian Human Rights Act* on June 20, 1996 [S.C. 1996, c. 14, s. 2], and formally add "sexual orientation" as a ground of discrimination under the Act so as to make it the law of the land (which it did, incidentally, without even referring in Parliament to the Ontario judgment). But I do not have to decide the point since, in any event, it is against the Commission as a party to the proceedings that the *Haig* ruling was made.

Pour répondre brièvement à cette question, on dira qu'il s'agit d'un jugement sur l'état du droit; cela relève de la nature d'un jugement *in rem*, dont l'application n'est pas limitée aux parties à l'instance, comme de celle d'un jugement *inter partes* dont le but est de déterminer les droits des parties à l'instance. Toutefois, un problème se pose quant à savoir si le jugement a un effet obligatoire sur les tiers qui ne se trouvent pas dans le ressort territorial du tribunal¹². Je ne crois pas qu'il ait un tel effet, considérant le système juridique de notre pays. Il me semble inconcevable qu'un jugement d'une cour provinciale, même un tribunal de première instance présidé par un juge seul, qui n'a pas été porté en appel, puisse déterminer quelle est la loi du pays pour l'ensemble des Canadiens. Ce sont les limites territoriales de la portée de la déclaration énoncée dans *Haig*, il me semble, qui expliquent pourquoi la Cour suprême du Canada, dans *Mossop*, a pu rendre jugement en 1993 en interprétant l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sans en tenir compte. Ce sont ces mêmes limites qui expliquent également pourquoi le législateur a dû modifier l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* le 20 juin 1996 [L.C. 1996, ch. 14, art. 2] pour ajouter formellement «l'orientation sexuelle» aux motifs de distinction illicite prévus par la loi de façon à l'inclure dans la loi du pays (ce qu'elle a fait, soit dit en passant, sans même faire référence en Chambre

15

16

au jugement ontarien). Mais je n'ai pas à me prononcer sur ce point puisque, de toute façon, le jugement *Haig* a été rendu à l'encontre de la Commission, qui était partie à l'instance.

17 It is my opinion, therefore, that the view of the Commission that the appellant's complaint was not subject to the *Haig* declaration, a view that undoubtedly was at the heart of its decision to reject the complaint, was wrong. The Trial Judge, therefore, had no choice but to set aside the decision of the Commission and refer the matter back to it for reconsideration. The appeal must be allowed, the decision of the Trial Judge set aside and the order that the Trial Judge should have made should issue.

LINDEN J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

¹ [1991] 1 F.C. 18 (C.A.).

² (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

³ [1993] 1 S.C.R. 554.

⁴ It is true that the application, on its face, sought, in addition to the setting aside of the decision, special relief in the nature of *certiorari* and *mandamus*, but the appellant, before us, withdrew those requests.

⁵ *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

⁶ [1985] 1 S.C.R. 721.

⁷ Cf. *St. Catharines v. H.E.P. Com'n*, [1930] 1 D.L.R. 409 (P.C.); affg. [1928] 1 D.L.R. 598 (Ont. H.C.).

⁸ The conclusions of the Supreme Court in the *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, at p. 780, where the remedy was first applied, are clear to that effect:

iii) The Acts of the Manitoba Legislature which would currently be in force were it not for their constitutional defect (*i.e.* current Acts) are deemed to have temporary validity and force and effect from the date of this judgment to the expiry of the minimum period required for translation, re-enactment, printing and publishing; [My emphasis.]

⁹ See O. Fitzgerald, *Understanding Charter Remedies: A Practitioner's Guide* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1994), at pp. 6-17.

¹⁰ See the reasons of Krever J.A., at p. 505.

Par conséquent, je suis d'avis que l'opinion de la Commission selon laquelle la plainte de l'appelante n'était pas assujettie à la déclaration énoncée dans *Haig*, une opinion qui est sans aucun doute au cœur de sa décision de rejeter la plainte, était erronée. Par conséquent, le juge de première instance n'avait d'autre choix que d'infirmer la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire pour réexamen. L'appel doit donc être accueilli, la décision du juge de première instance infirmée et l'ordonnance que le juge de première instance aurait dû prononcer doit être rendue.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

¹ [1991] 1 C.F. 18 (C.A.).

² (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

³ [1993] 1 R.C.S. 554.

⁴ Il est vrai qu'à la lecture la demande mentionnait, outre l'annulation de la décision, des redressements spéciaux de la nature du *certiorari* et du *mandamus*, mais, devant nous, l'appelante a retiré ces demandes.

⁵ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

⁶ [1985] 1 R.C.S. 721.

⁷ Voir *St. Catharines v. H.E.P. Com'n*, [1930] 1 D.L.R. 409 (P.C.), confirmant [1928] 1 D.L.R. 598 (H.C. de l'Ont.).

⁸ Les conclusions de la Cour suprême dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 780, dans lequel ce redressement a été appliqué pour la première fois, sont très claires à ce sujet:

iii) Les lois de la législature du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur, n'était-ce du vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel (c.-à-d. les lois actuelles), sont réputées temporairement valides et opérantes à compter de la date du présent jugement jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier; [Non souligné dans l'original.]

⁹ Voir O. Fitzgerald, *Understanding Charter Remedies: A Practitioner's Guide* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1994), aux p. 6 à 17.

¹⁰ Voir les motifs du juge d'appel Krever, à la p. 505.

¹¹ [1995] 2 S.C.R. 418. See the reasons of McLachlin J., at pp. 509-510.

¹² I am not speaking merely of persuasive influence which, of course, it may have on other courts and tribunals, but of binding legal effect.

¹¹ [1995] 2 R.C.S. 418. Voir les motifs du juge McLachlin, aux p. 509 et 510.

¹² Je ne parle pas simplement de l'influence que, bien entendu, le jugement peut avoir sur d'autres cours de justice et tribunaux administratifs, mais de son effet juridique obligatoire.