

T-1957-89

T-1957-89

**Canadian National Railway Company (Applicant)****Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (requérante)**

v.

a c.

**Stephen Cole, Paula Tippett and Edward H. Fox as members of the Human Rights Tribunal constituted under the *Canadian Human Rights Act* and Canadian Human Rights Commission and Michael Doyle (Respondents)**

**Stephen Cole, Paula Tippett et Edward H. Fox en leur qualité de membres du Tribunal des droits de la personne constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et la Commission canadienne des droits de la personne et Michael Doyle (intimés)**

INDEXED AS: *CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. CANADA (HUMAN RIGHTS TRIBUNAL) (T.D.)*

RÉPERTORIÉ: *COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. CANADA (TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, November 20 and 23, 1989.

Section de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 20 et 23 novembre 1989.

*Human rights — Job restrictions imposed on insulin-dependent diabetic railroad brakeman/yardman bona fide occupational requirement — Commission exceeded jurisdiction in appointing Tribunal to inquire into settled issue — Inquiry prohibited.*

*Droits de la personne — Les restrictions professionnelles imposées à un serre-frein/agent de manœuvre diabétique insulino-dépendant constituent des exigences professionnelles normales — La Commission a commis un abus de compétence en constituant un tribunal pour enquêter sur une question déjà décidée — L'enquête est prohibée.*

*Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Human rights — Bona fide occupational requirement — Job restrictions imposed on insulin-dependent diabetic railroad brakeman/yardman — Human Rights Tribunal prohibited from inquiring into complaint where issue settled by case law — Commission abusing powers and exceeding jurisdiction.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Droits de la personne — Exigence professionnelle normale — Restrictions professionnelles imposées à un serre-frein/agent de manœuvre diabétique insulino-dépendant — Interdiction au tribunal des droits de la personne d'enquêter sur la plainte lorsque la jurisprudence a déjà décidé la question — La Commission a abusé de ses pouvoirs et de sa compétence.*

The respondent, Doyle, had been employed by the applicant, CNR, as a brakeman/yardman since May, 1979. In December, 1983, he was diagnosed as an insulin-dependent diabetic. In March, 1984, after an examination by CNR's medical officer, Doyle was restricted from performing certain of the tasks of his job, such as flagging and mounting and dismounting moving vehicles. In May, 1984, the employee filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission. For various reasons, a Tribunal to inquire into the complaint was not appointed until April, 1989. In the meantime, new techniques for monitoring insulin-dependent diabetics were found and in September, 1988, Doyle was restored to his former position. He is currently in training to become a locomotive driver. Counsel were, however, agreed that December 3, 1983 to May 17, 1984 was the material time and that the appointment of the Tribunal will be legally justified or not upon the parties' knowledge of the control of diabetes and the events and case law arising out of the material time.

L'intimé, Doyle, était au service de la requérante, CNR, depuis mai 1979 en qualité de serre-frein/agent de manœuvre. En décembre 1983 il a été diagnostiqué comme étant un diabétique insulino-dépendant. En mars 1984, à la suite de l'examen médical que lui a fait subir le médecin de la requérante, Doyle s'est vu interdire d'exercer certaines tâches afférentes à son poste, comme faire des signaux au moyen de drapeaux à des véhicules en marche, et monter à bord de tels véhicules et en descendre. En mai 1984, l'employé a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. Pour diverses raisons, le tribunal chargé d'enquêter sur la plainte n'a pas été constitué avant avril 1989. Entre temps, de nouvelles techniques de surveillance des diabétiques insulino-dépendants ont été élaborées, et en septembre 1988 Doyle a été rétabli dans ses anciennes fonctions. Il suit actuellement la formation de conducteur de locomotive. Les avocats ont cependant convenu que la période importante allait du 3 décembre 1983 au 17 mai 1984, et que la constitution du tribunal se trouvera justifiée légalement ou non selon la connaissance des parties du contrôle du diabète, et les événements et la jurisprudence qui ont vu le jour pendant la période importante.

This was an application to prohibit the Tribunal from inquiring into the complaint and for an order that the Commission acted beyond its authority in appointing the Tribunal.

Il s'agit d'une demande visant à interdire au tribunal d'enquêter sur la plainte déposée, et visant à obtenir une ordonnance portant que la Commission a excédé sa compétence en constituant le tribunal.

*Held*, the Tribunal should be prohibited from inquiring into the complaint.

Prior to the appointment of the Tribunal herein, the Federal Court of Appeal in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* and a Review Tribunal in *Gaetz v. Canadian Armed Forces*, both applying the parameters for determining what constitutes a “*bona fide* occupational requirement” set by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke and Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, found that freedom from insulin-dependent diabetes and its risks was clearly a *bona fide* occupational requirement for jobs requiring the employee to be physically active and/or mentally alert at critical but unscheduled times.

The Court should be slow to pre-empt the Commission and a Tribunal, but where the Tribunal’s decision, to be correct in law and evidence, is a foregone conclusion, the Commission, in appointing the Tribunal, should be considered to have acted beyond its jurisdictional authority and the inquiry should be prohibited as useless, expensive, disruptive, inconvenient and abusive. The Commission trivializes the cause of human rights when it persists in creating inquiries into matters already decided.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 15(a), 49(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Gaetz v. Canadian Armed Forces* (1988), 89 CLLC 17,014 (C.H.R.T.); *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.

##### REFERRED TO:

*Attorney General of Canada v. Cumming*, [1980] 2 F.C. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5303 (T.D.); *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams*, [1982] 1 F.C. 214 (C.A.).

#### COUNSEL:

*John M. Barker, Q.C.* and *Myer Rabin* for applicant.  
*René Duval* and *Nancy Holmes* for respondents.

*Jugement*: il devrait être interdit au tribunal de faire enquête sur la plainte.

Avant la constitution du tribunal en l’espèce, la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canadien Pacifique Liée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* et un tribunal d’appel dans la décision *Gaetz c. Forces armées canadiennes*, suivant l’un et l’autre les critères applicables aux «exigences professionnelles normales» établis par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke et Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, avaient statué que les fonctions exigeant qu’un employé se dépense physiquement et/ou soit mentalement présent à des moments critiques et imprévus comportent l’exigence normale que le titulaire ne soit pas un diabétique insulino-dépendant.

La Cour devrait hésiter à se substituer à la Commission et à un tribunal, mais lorsque la décision du tribunal, pour être correcte en droit et en matière de preuve, est toute tracée à l’avance, il devrait être considéré que la Commission a excédé sa compétence en constituant un tribunal et l’enquête devrait être interdite parce qu’elle sera inutile, coûteuse, contraignante, gênante et abusive. La Commission affaiblit la cause des droits de la personne en persistant à faire enquête sur des questions déjà décidées.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 15(a), 49(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canadien Pacifique Liée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Gaetz c. Forces armées canadiennes* (1988), 89 CLLC 17,014 (T.C.D.P.); *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Procureur général du Canada c. Cumming*, [1980] 2 C.F. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5303 (1<sup>re</sup> inst.); *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Williams*, [1982] 1 C.F. 214 (C.A.).

#### AVOCATS:

*John M. Barker, c.r.* et *Myer Rabin* pour la requérante.  
*René Duval* et *Nancy Holmes* pour les intimés.

## SOLICITORS:

*Cox, Downie & Goodfellow*, Halifax, for applicant.

*Canadian Human Rights Commission*,  
Ottawa, for respondents. <sup>a</sup>

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

MULDOON J.: In this case Canadian National Railway Company (hereinafter: the applicant) filed a notice of motion on September 22, 1989, according to which it seeks the following orders:

a) an order by way of prohibition to prevent the respondents Stephen Cole, Paula Tippett and Edward H. Fox, acting in their capacity as a Human Rights Tribunal, under the *Canadian Human Rights Act*, from inquiring into a complaint made to the Canadian Human Rights Commission by the respondent Michael Doyle;

b) an order by way of prohibition preventing these respondents from entering into the said inquiry until final determination of the within matter by this Court;

c) an order that the respondent Commission acted beyond its authority in appointing the Tribunal; and

d) such other relief as this Court may deem just.

The issues are joined by and on behalf of the Tribunal and the Canadian Human Rights Commission (hereinafter: the respondents) but not by the respondent Michael Doyle (hereinafter: the employee or the complainant). His interests, then, have been, and are, represented only indirectly by counsel for the respondents. The case came on for hearing in Ottawa on November 20, 1989. The principal body of documented facts before the Court and underpinning these proceedings, is defined and expressed in the affidavit and exhibits thereto of Marvin Blackwell, vice-president, Atlantic Region, of the applicant, in Moncton, New Brunswick. <sup>f</sup>

The employee Doyle had been employed by the applicant in the role of brakeman/yardman since May 29, 1979, prior to December, 1983, when he was diagnosed to be an insulin-dependent diabetic. On March 29, 1984, following an examination by the applicant's medical officer, the employee was restricted by the applicant from performing certain of the tasks of his job, such as flagging and mounting and dismounting moving vehicles. These restrictions ought to be viewed in comparison with <sup>i</sup>

## PROCUREURS:

*Cox, Downie & Goodfellow*, Halifax, pour la requérante.

*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour les intimés.

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

LE JUGE MULDOON: En l'espèce, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (ci-après appelée la requérante) a déposé un avis de requête le 22 septembre 1989 concluant aux ordonnances suivantes: <sup>b</sup>

a) un bref de prohibition visant à interdire aux intimés Stephen Cole, Paula Tippett et Edward H. Fox, agissant en leur qualité de tribunal des droits de la personne, constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de faire enquête sur une plainte déposée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne par l'intimé Michael Doyle; <sup>c</sup>

b) un bref de prohibition interdisant à ces intimés d'entreprendre ladite enquête tant que cette Cour n'aura pas statué sur la question en l'espèce;

c) une ordonnance portant que la Commission intimée a excédé sa compétence en constituant le tribunal concerné; et <sup>d</sup>

d) toute autre réparation que cette Cour peut estimer juste. <sup>e</sup>

Il y a contestation liée par et pour le tribunal et la Commission canadienne des droits de la personne (ci-après appelés les intimés) mais non par l'intimé Michael Doyle (ci-après appelé l'employé ou le plaignant). Ses intérêts ont donc été représentés et continuent d'être représentés seulement indirectement par les avocats des intimés. L'affaire a été entendue à Ottawa le 20 novembre 1989. Le principal ensemble de faits documentés soumis à l'appréciation de la Cour et à la base de ces procédures se trouve dans l'affidavit et les pièces y afférentes de Marvin Blackwell, vice-président de la requérante pour la région de l'Atlantique, à Moncton (Nouveau-Brunswick). <sup>g</sup>

L'employé Doyle était au service de la requérante en qualité de serre-frein/agent de manœuvre depuis le 29 mai 1979 avant le mois de décembre 1983, lorsqu'il a été diagnostiqué comme étant un diabétique insulino-dépendant. Le 29 mars 1984, à la suite de l'examen médical que le médecin de la requérante a fait subir à l'employé, ce dernier s'est vu interdire par la requérante d'exercer certaines tâches afférentes à son poste, comme faire des signaux au moyen de drapeaux à des véhicules en <sup>j</sup>

the full range of the duties, responsibilities and working conditions of those who hold the position of brakeman/yardman, which are set out in exhibit "N" to Blackwell's affidavit, as follow:

#### What does a Brakeman/Yardman do?

The Brakeman (male or female) is a member of a train crew involved in train movements to various locations and is required to travel to distant terminals with the train. The Yardman (male or female) is a member of a yard crew involved in switching cars at specific locations, making up trains and servicing industries.

#### Duties and Responsibilities

The Brakeman/Yardman:

- handles the coupling and switching of cars;
- gives and interprets signals specific to the train or yard movements;
- inspects the condition of equipment and passing trains; checks general yard conditions; takes appropriate safety measures as required.
- operates equipment such as radios, switches and uncoupling devices to facilitate train movement, train operations and car switching;
- displays flags and signals to protect the train in an emergency situation, as stipulated in the operating rules. This may require walking a prescribed distance ahead of or behind the train and remaining there for an extended period of time;
- works with others at train derailments;
- assists passengers on and off train, and ensures that baggage is safely stored;
- patrols passenger cars while in motion, to ensure that order is maintained;
- gives out information regarding train timetable, and announces stations.

#### Working Conditions

The Brakeman/Yardman:

- works in accordance with established CN safety practices and regulations.; must wear prescribed clothing, footwear and protective devices;
- is required to be groomed and dressed as prescribed when working on passenger trains;
- works under hazardous conditions;
- works outdoors in all weather conditions;
- works occasionally in isolation;

marche, et monter à bord de tels véhicules et en descendre. Ces restrictions doivent être considérées compte tenu de tout l'éventail des tâches, des responsabilités et des conditions de travail de ceux

*a* qui occupent le poste de serre-frein/agent de manœuvre, que l'on trouve exposés comme suit à la pièce «N» de l'affidavit de M. Blackwell:

#### Que fait un Serre-frein/Agent de manœuvre?

- b* Le Serre-frein (homme ou femme) est membre d'une équipe de train qui s'occupe des manœuvres de mouvements de train se rendant vers divers endroits. Il doit voyager vers différentes destinations selon l'itinéraire du train auquel il est affecté. Un Agent de manœuvre (homme ou femme) est membre d'une équipe de triage qui effectue des manœuvres de wagons à des endroits spécifiques. Il s'occupe aussi de la formulation des trains et assure le service aux industries.

#### Tâches et responsabilités

Le Serre-frein/Agent de manœuvre:

- d* - attelle les wagons et s'occupe de la manœuvre des aiguilles de voie;
- donne et interprète les signaux particuliers aux mouvements du train auquel il est affecté ou particuliers aux mouvements des trains dans la gare de triage;
- e* - vérifie l'état du matériel et des trains qui passent; vérifie l'écart général de la gare de triage; prend les mesures de sécurité appropriées telles qu'exigées par le CN;
- manie le matériel tel que: les appareils radio, les aiguilles de voie et les dispositifs de dételage, afin de faciliter les divers mouvements de trains et la manœuvre des wagons;
- f* - en cas d'urgence, assure la protection du train à l'aide de drapeaux ou de signaux lumineux tel qu'énoncé dans les règlements d'exploitation. Il peut aussi avoir à marcher en avant ou en arrière du train sur une distance réglementaire et demeurer sur place pour une période prolongée;
- g* - travaille avec d'autres personnes lors d'un déraillement;
- aide les passagers à monter et descendre du train; s'assure que les bagages sont placés de façon sécuritaire;
- pendant le trajet, fait le tour des wagons de passagers pour s'assurer que le bon ordre règne;
- h* - fournit l'information concernant les horaires et annonce les arrêts du train.

#### Conditions de travail

- i* - travaille en se conformant aux pratiques et règlements de sécurité du CN; doit porter les vêtements, les chaussures et les accessoires protecteurs réglementaires;
- doit avoir une mise soignée et porter l'uniforme réglementaire lorsqu'affecté à un train de passagers;
- travaille dans des conditions présentant certains risques;
- j* - travaille à l'extérieur dans des conditions atmosphériques variables;
- à l'occasion, travaille seul dans un état d'isolement;

- works at different locations, depending on the work assignment;
- is often absent from home terminal for variable periods of time, when assigned to a train;
- works shifts (day, evening or night) on weekdays, weekends and statutory holidays for many years;
- works irregular assignments and hours for several years; is subject to working long hours;
- remains available for duty on an on-call basis 24 hours a day, throughout the year;
- undergoes training and periodic assessment;
- is subject to a probation period;
- is subject to layoff.

#### Who is Eligible?

Any individual 18 years of age or over may be considered for the positions of Brakeman/Yardman.

Once you have made the decision to apply for the positions of Brakeman/Yardman, you will be required to:

- take and pass both a medical examination and a physical performance test.

On March 27, 1984, the same day as that on which the employee was subjected to the medical recommendation imposing the work restrictions, his family physician composed and signed a brief note about the employee, exhibit "B", stating:

Under my care for insulin dependant diabetes—no complication—should be employed as fit for any duty.

The following day, the employee, his local union chairman and an assistant superintendent of the applicant railway company had a meeting to determine work opportunities for the employee. As earlier above noted, it was on the following day thereafter, March 29, 1984, that the employee was advised by letter of the specifics of the working restrictions.

On May 7, 1984, the employee signed, and on May 17, 1984, the Commission received the employee's complaint form, exhibit "C", in which the employee complained:

that my employer is differentiating adversely against me by depriving me of my employment opportunities on the ground of my diabetes, contrary to Sections 7 and 10 of the Canadian Human Rights Act.

- travaille à différents endroits, selon l'affectation donnée;
- s'absente souvent de sa gare d'attache pour des périodes de temps variables lorsqu'affecté à un train;
- travaille pendant plusieurs années par affectations (de jour, de soir ou de nuit), la semaine, les fins de semaine, et lors de congés statutaires;
- travaille des heures irrégulières et par affectations irrégulières pendant un certain nombre d'années; est sujet à faire de longues journées de travail;
- est convoqué au travail sur appel et doit être disponible 24 heures par jour à l'année longue;
- participe à des sessions de formation et est soumis périodiquement à des évaluations;
- est assujéti à une période de probation;
- est sujet à des mises à pied.

#### Qui est éligible?

Toute personne âgée d'au moins 18 ans peut poser sa candidature.

Si vous décidez de postuler à titre de Serre-frein/Agent de manœuvre, vous devrez:

- passer et réussir:
  - un examen médical et un test d'aptitudes physiques.

Le 27 mars 1984, le même jour où l'employé a fait l'objet d'un avis médical lui imposant des restrictions au travail, son médecin de famille a rédigé et signé une brève note à son égard, soit la pièce «B», qui disait:

[TRADUCTION] Sous mes soins pour diabète insulino-dépendant—sans complication—devrait être employé comme étant apte à accomplir toute tâche.

Le jour suivant l'employé, son président de section locale et un surintendant adjoint de la compagnie ferroviaire requérante se sont réunis pour déterminer les chances d'emploi de l'employé. Comme on l'a dit plus haut, c'est le jour suivant, soit le 29 mars 1984, que l'employé a été avisé par lettre des détails des restrictions qui lui étaient imposées au travail.

L'employé a signé le 7 mai 1984, et la Commission a reçu le 17 mai 1984 la formule de plainte de l'employé, qui est la pièce «C», dans laquelle il formulait la plainte suivante:

[TRADUCTION] mon employeur établit à mon endroit une distinction défavorable en me privant de mes chances d'emploi en raison de mon diabète, à l'encontre des articles 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

Now, the material times for this litigation, as counsel on both sides agreed is the period between about December 3, 1983 when the employee's diagnosis was made, to May 17, 1984, when his complaint was received by the Commission. It thereafter took what seems to be a prodigiously long time, almost five years, for the Commission to get around to appointing the three named respondents as a Tribunal under the Act, that is, until April 12, 1989, as revealed by exhibit "K". Much has happened in that five-year span. It appears that there may be new techniques for monitoring the condition of insulin-dependent diabetics and, it also appears that in September, 1988, the employee was restored to his former position and is now in training to become a locomotive driver.

These developments redound to the employee's benefit, but, since the material time is the span between December 3, 1983 and May 17, 1984, it is apparent, as counsel on both sides agreed, that the appointment of the Tribunal will be legally justified or not upon the parties' knowledge of the control of diabetes and the events and jurisprudence arising out of the material times. That is not to say that litigation such as this, and the appointments of Tribunals which sometimes generate such litigation, are to become fossilized relics in ancient stone in regard to what constitutes *bona fide* occupational requirements. The jurisprudence must clearly keep up with the advances of medical and other technological knowledge. With the genuine progress of such knowledge and techniques, it becomes obvious that some of the restrictive occupational criteria of today may be obviated by tomorrow's advances in knowledge and technique.

The material times herein, however, remain fixed for purposes of this litigation. So the Commission, in order to avoid exceeding its jurisdiction to appoint the inquiry tribunal must do so for proper reasons on legal grounds. Although it would be difficult for anyone to establish a literal excess, or loss, of jurisdiction in face of the power accorded under subsection 49(1) of the Act [*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6] ("The Commission may, at any stage after the filing of a complaint, appoint a . . . Tribu-

La période importante en l'espèce, comme les avocats des diverses parties ont convenu, est la période qui s'étend entre environ le 3 décembre 1983, date du diagnostic de l'employé, et le 17 mai 1984, date à laquelle la Commission a reçu sa plainte. La Commission a mis ensuite ce qui paraît être un temps prodigieusement long, presque cinq années, à nommer les trois intimés désignés nommément pour constituer un tribunal conformément à la Loi, c'est-à-dire jusqu'au 12 avril 1989, comme le révèle la pièce «K». Bien des choses se sont produites au cours de ce laps de cinq ans. Il semble qu'il puisse exister de nouvelles méthodes pour surveiller l'état des diabétiques insulino-dépendants, et il semble également qu'en septembre 1988, l'employé a été rétabli dans ses fonctions antérieures et qu'il suive actuellement une formation pour devenir conducteur de locomotive.

Ces faits sont à l'avantage de l'employé, mais puisque l'époque importante est celle qui va du 3 décembre 1983 au 17 mai 1984 il semble, comme l'ont reconnu les avocats de toutes les parties, que la constitution du tribunal se trouvera justifiée légalement ou non selon la connaissance des parties du contrôle du diabète, et les événements et la jurisprudence qui ont vu le jour pendant la période importante. Ce qui ne signifie pas que les instances comme celle-ci, et la constitution des tribunaux qui provoquent parfois ces litiges, doivent devenir des reliques surannées figées dans la pierre antique quand il s'agit d'établir ce qui constitue des exigences professionnelles normales. La jurisprudence doit évidemment tenir compte des progrès de la médecine et des autres perfectionnements technologiques. Il est évident que quelques-unes des limites imposées aujourd'hui à l'exercice d'un emploi pourront disparaître demain grâce aux progrès de la science et de la technique.

La période importante en l'espèce reste cependant fixe aux fins de l'instance. Ainsi donc la Commission, si elle veut éviter d'excéder la compétence qu'elle a pour constituer un tribunal d'enquête, doit agir pour des raisons suffisantes et des motifs prévus par la loi. Bien qu'il serait difficile à quiconque d'établir un excès ou une absence véritables de compétence étant donné le pouvoir conféré par le paragraphe 49(1) de la Loi [*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6] («La Commission peut, à toute

nal . . .”) yet, if the Commission seeks to have an inquiry into matters already clearly established and determined by law, or to harass an employer, or for some oblique reason of its, or its officials’ own devising then it will be held to be abusing its powers. Such abuse of powers, being of the essence of unfairness and illegality, may be quashed or prohibited by this Court, if so found. It ought to be noted that both sides conceded that no new techniques, other than those known to be practical by the Commission, the medical practitioners and the Courts during the material times are to be regarded here.

The employee had been referred in October, 1984, by his family physician to a medical specialist, Michael J. McGonigal, MB FRCP (C), of St. John. This specialist wrote to the Commission on May 8, 1985, exhibit “E”, in response to a request for information of April 25, 1985. The three-page letter is too long to recite in full, but certain basic facts can be gleaned therefrom.

At that time [October, 1984], I noted that Mr. Doyle had developed Diabetes around Christmas of 1983, and had been on Insulin since that time. I am not aware of his exact presenting symptoms or how high his initial blood sugars were.

My impression at that time was that he was a very well motivated and well controlled Diabetic and felt that he would do very well.

I have no reason to suppose that he will be particularly likely to develop weak spells or reactions during the course of his work but clearly that possibility exists in virtually anybody who is taking Insulin. [Emphasis not in original text.]

[Referring to a paper on medical restrictions on train service employees, sent to the specialist by the human rights official]

On page five of this paper, the second paragraph, refers to patients who are on Insulin treatment but who have acceptable blood sugar controls, then a number of restrictions are advisable. These include not driving heavy vehicles or assigning of jobs which require large expenditures of energy in unpredictable periods of time or the assigning of jobs around power driven machinery. From the description of Mr. Doyle’s work, it seems that in fact he falls into these categories, in what his job entails. It may therefore be that he would be excluded from this

étape postérieure au dépôt de la plainte, constituer un tribunal . . .», il reste que si la Commission cherchait à enquêter sur des questions déjà clairement établies et déterminées par la loi, pour harceler un employeur, ou pour quelqu’autre motif détourné de son cru ou de celui de ses fonctionnaires, elle serait considérée comme excédant ses pouvoirs. Un tel excès de pouvoirs, tenant de l’injustice et de l’illégalité, peut être invalidé ou prohibé par cette Cour, si elle conclut à son existence. Il convient de souligner que les deux côtés ont concédé qu’il n’y a lieu de prendre en considération en l’espèce nulles autres nouvelles techniques que celles dont la Commission, les médecins et les tribunaux savent qu’elles étaient pratiquées pendant la période concernée.

En octobre 1984, le médecin de famille de l’employé avait envoyé ce dernier consulter un spécialiste médical, Michael J. McGonigal, MB FRCP (C), de St-Jean. Ce spécialiste a écrit à la Commission le 8 mai 1985, pièce «E», en réponse à une demande de renseignements du 25 avril 1985. La lettre de trois pages est trop longue pour être citée intégralement, mais on peut y glaner certains faits fondamentaux.

[TRADUCTION] À cette époque [octobre 1984], j’ai remarqué que M. Doyle avait contracté le diabète aux environs de Noël 1983, et qu’il prenait de l’insuline depuis. Je ne sais pas exactement quels symptômes il présentait ni quel était le taux de son glucose sanguin initial.

Mon impression à ce moment était qu’il était un diabétique très motivé et bien contrôlé, et j’avais l’impression qu’il irait très bien.

Je n’ai aucun motif de présumer qu’il sera particulièrement susceptible d’avoir des faiblesses ou des réactions au cours de son travail, mais il est clair que cette possibilité existe pour à peu près tous ceux qui prennent de l’insuline. [Non souligné dans le texte original.]

[Renvoi à un document sur les restrictions médicales des employés préposés aux trains, adressé au spécialiste par un fonctionnaire de la Commission des droits de la personne.]

À la page cinq de ce document, le second paragraphe traite des patients traités à l’insuline qui ont cependant un contrôle acceptable de leur glucose sanguin; certaines restrictions sont à conseiller. Parmi elles, mentionnons qu’il convient de ne pas leur faire conduire des véhicules lourds ni leur assigner des tâches demandant une grande dépense d’énergie à des périodes imprévisibles, ni leur donner des tâches à accomplir près de machines mues par des moteurs. Selon la description des fonctions de M. Doyle, il semble tomber dans ces catégories. Il se

form of occupation by virtue of his Diabetes. [Emphasis not in original text.]

The above passages from the material before the Court are cited for balance. In terms of objectivity, or lack of it, it is noted that those passages are conspicuously absent from the selection of quotations of Dr. McGonigal's letter cited in the Commission's investigation report, exhibit "G", dated February 26, 1987.

The respondents here presented evidence to the Court appended to the affidavit of Réal Fortin. The exhibits to Mr. Fortin's affidavit are voluminous. Among them are several papers on hypoglycemia in insulin-dependent diabetics, prepared by learned authors for publication in professional and academic journals. These exhibits were also exhibits and the transcript of proceedings at the tribunal hearing of Wayne Mahon's complaint which opened on June 3, 1985. Wayne Mahon's case was subsequently the subject of a section 28 [Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] application to the Appeal Division of this Court, somewhat deceptively indexed as *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586. It would more memorably be cited as *CP Ltd. v. Cdn HRC & Mahon*, or merely as the *Mahon* case.

From the tribunal's transcript of that case one notes the testimony of another medical specialist, Dr. Cornelius J. Toews. The transcript reveals an unfortunately not uncommon antagonism arising between the deponent and the cross-examiner, to be replaced by rather more calm objectivity on the deponent's part when questioned by the chairman (and sole member) of the Tribunal. These are the passages worth reciting here, starting at page 68 of the transcript, page 73 of the respondents' record:

MR. CHAIRMAN: Well, I guess I was also asking if he [Mahon] was entirely careful in terms of his personal habits, if he still lived a reasonable lifestyle, whether there would not be a problem that he could not control in say, driving a taxi. That is the kind of question I was trying to ask or could it still be beyond his control in the sense of hypoglycemia coming on.

peut donc qu'il soit exclu de ce genre de travail en raison de son diabète. [Non souligné dans le texte original.]

Les passages précités tirés de la documentation soumise à la Cour sont cités pour bonne mesure. Question d'objectivité, ou son absence, soulignons que ces passages sont notablement absents de la sélection des extraits de la lettre du docteur McGonigal cités dans le rapport d'enquête de la Commission, pièce «G», en date du 26 février 1987.

Les intimés en l'espèce ont présenté à la Cour des éléments de preuve, annexés à l'affidavit de Réal Fortin. Les pièces annexées à l'affidavit de M. Fortin sont volumineuses. Parmi elles, se trouvent de nombreux articles sur l'hypoglycémie chez les diabétiques insulino-dépendants, rédigés par de savants auteurs pour être publiés dans des revues professionnelles et savantes. Ces pièces sont aussi les pièces qui ont été présentées et la transcription des débats qui a été faite dans le cadre de l'audition devant le tribunal de la plainte de Wayne Mahon, laquelle audition a débuté le 3 juin 1985. La plainte de Wayne Mahon a par la suite fait l'objet d'une demande fondée sur l'article 28 [Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] adressée à la section d'appel de cette Cour, et indexée de façon quelque peu trompeuse sous l'intitulé *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586. Elle serait d'un rappel plus facile si elle était désignée sous l'intitulé *CP Ltée c. CCDP & Mahon*, ou simplement comme l'affaire *Mahon*.

La transcription des débats de cette affaire fait aussi état de la déposition d'un autre spécialiste médical, le docteur Cornelius J. Toews. Cette transcription révèle un antagonisme qui n'a malheureusement rien d'inusité entre le déposant et le contre-interrogateur, et qui cède la place à une objectivité plus sereine chez le déposant lorsqu'il est interrogé par le président (et l'unique membre) du tribunal. Voici les passages qui valent d'être cités en l'espèce, à partir de la page 68 de la transcription, page 73 du dossier des intimés:

M. LE PRÉSIDENT: Bien, je crois que je cherchais aussi à savoir s'il (Mahon) était prudent dans ses habitudes personnelles, s'il avait encore un mode de vie raisonnable, s'il n'y aurait pas un problème qu'il serait incapable de contrôler, disons en conduisant un taxi. C'est le genre de question que j'essayais de poser, ou la situation pourrait-elle encore échapper à son contrôle, en ce qui concerne l'existence de crises d'hypoglycémie.

THE DEPONENT: You are asking me can I envisage a scenario where given his diabetes, length of diagnosis, so on and so forth could he get himself into a situation where he would not be able to take corrective action? Yes, it is possible.

MR. CHAIRMAN: Even though he was being attendant to his situation?

THE DEPONENT: Yes, it is possible. It is just reported. We know that. A person who sees a lot of diabetics knows this.

MR. CHAIRMAN: Even though he always took a chocolate bar?

THE DEPONENT: Yes.

THE CHAIRMAN: And even though he always regulated the balancing items?

THE DEPONENT: Yes.

THE CHAIRMAN: It just could be beyond his control in the given situation?

THE DEPONENT: Yes.

MR. CHAIRMAN: I suppose for that matter, obviously diabetics can drive cars but you are saying he could be driving a car down the street, and it is obviously very improbable, but he could have a problem suddenly come on that he could endanger the public?

THE DEPONENT: Yes.

#### RE-EXAMINATION BY MR. DUVAL

Q. From your examination of Mr. Mahon do you think that Mr. Mahon falls in that particular group of ten percent of diabetics prone to major reactions without prewarning?

A. No.

As noted, the transcript from which the above recited passages were drawn is the transcript of the *Mahon* case which was subject to judicial review in 1987 by the Appeal Division of this Court.

In the meanwhile, and indeed on April 27, 1989, a Review Tribunal to whom the Commission had appealed a decision of a one-member Tribunal concerning an insulin-dependent diabetic, rendered its decision. This was about two weeks after the appointment of the Tribunal in the present case at bar, but some 6½ months after the one-member Tribunal of first instance rendered its decision in the matter of *Gaetz v. Canadian Armed Forces* [(1988), 89 CLLC 17,014 (C.H.R.T.) holding:

In the circumstances of the present case I am satisfied that the medical restriction placed upon Mr. Gaetz [an insulin-dependent diabetic] qualified as a *bona fide* occupational requirement and that the "real risk factor" in this case is more

LE DÉPOSANT: Vous me demandez si je puis envisager la situation où étant donné son diabète, le temps écoulé depuis le diagnostic et ainsi de suite, il pourrait se trouver dans l'impossibilité de prendre des mesures correctives? Oui, c'est possible.

M. LE PRÉSIDENT: Bien qu'il surveille son état?

LE DÉPOSANT: Oui, c'est possible. Cela est rapporté. Nous le savons. Quiconque voit plusieurs diabétiques le sait.

M. LE PRÉSIDENT: Bien qu'il prenne toujours une tablette de chocolat?

LE DÉPOSANT: Oui.

LE PRÉSIDENT: Et bien qu'il tienne toujours compte des mesures utiles?

LE DÉPOSANT: Oui.

LE PRÉSIDENT: Les choses pourraient échapper à son contrôle dans une situation donnée?

LE DÉPOSANT: Oui.

LE PRÉSIDENT: Je suppose donc, puisqu'évidemment les diabétiques peuvent conduire une automobile, que vous dites qu'il pourrait être au volant, et cela est évidemment très improbable, mais il pourrait éprouver soudainement des ennuis et constituer un danger pour le public?

LE DÉPOSANT: Oui.

#### NOUVEL EXAMEN PAR M. DUVAL

Q. Selon l'examen que vous avez fait subir à M. Mahon, croyez-vous que ce dernier fait partie du groupe particulier de dix pour cent des diabétiques enclins à éprouver de fortes réactions sans symptômes précurseurs?

R. Non.

Comme on l'a noté, la transcription d'où sont tirés les extraits susmentionnés est la transcription de l'affaire *Mahon*, qui a fait l'objet d'un contrôle judiciaire par la section d'appel de cette Cour en 1987.

Dans l'intervalle, soit le 27 avril 1989, un tribunal d'appel auprès duquel la Commission en avait appelé d'une décision d'un tribunal d'un seul membre concernant un diabétique insulino-dépendant, a rendu sa décision. C'était environ deux semaines après la constitution du tribunal en l'espèce, mais quelque six mois et demi après que le tribunal à membre unique de première instance ait rendu sa décision dans l'affaire *Gaetz c. Forces armées canadiennes* [(1988), 89 CLLC 17,014 (T.C.D.P.)], en disant:

[TRADUCTION] Dans les circonstances de l'espèce, je suis convaincu que les restrictions d'ordre médical imposées à M. Gaetz [un diabétique insulino-dépendant] constituaient des exigences professionnelles normales et que le «facteur du risque

than a possibility and is certainly more than a hypothetical one. I am satisfied that the present case falls well within the parameters of the *Etobicoke* and *Bhinder* cases.

All this was known to the Commission half a year prior to the appointment of the subject Tribunal in this case of the employee Mr. Doyle. The cases referred to in the above recited passage are *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; and *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.

About two weeks after the appointment of the presently impugned tribunal in regard to Mr. Doyle's complaint, as above noted, the Review Tribunal upheld the first-instance decision in the *Gaetz* case. Citing the reasons of Mr. Justice Pratte in the *Mahon* case, and those of Mr. Justice McIntyre in the *Bhinder* case the Review Tribunal rejected the Commission's submission to the effect that the employer had a duty to test Mr. Gaetz to determine his specific suitability for continued employment prior to his discharge in August, 1985, despite his condition. So it was that in late April, 1989, holding that in the circumstances of Mr. Gaetz's job requirements and qualifications freedom from insulin-dependent diabetes and its risks was clearly a *bona fide* occupational requirement, the Review Tribunal dismissed the Commission's appeal. That which in many instances evinces virtue can, when pressed to excess, become a fault. It seems that in the case at bar the Commission is becoming persistent to a fault.

Section 15 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly section 14) provides:

15. It is not a discriminatory practice if

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement.

The Commission knows this. The Commission knows the applicant's position through correspondence and through the failed conciliation proceeding which preceded the appointment of the

réel» en l'espèce est plus qu'une possibilité et est certainement plus qu'une possibilité hypothétique. Je suis persuadé que l'espèce s'inscrit dans les paramètres des affaires *Etobicoke* et *Bhinder*.

<sup>a</sup> Tout ceci était connu de la Commission six mois avant la constitution du tribunal en cause dans la présente affaire de l'employé M. Doyle. Les arrêts dont il est question dans le passage précité sont *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; et *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.

Environ deux semaines après que le tribunal attaqué en l'espèce ait été constitué pour enquêter sur la plainte de M. Doyle, comme il est dit plus haut, le tribunal d'appel a confirmé la décision rendue en première instance dans l'affaire *Gaetz*. Citant les motifs du juge Pratte dans l'affaire *Mahon*, et ceux du juge McIntyre dans l'affaire *Bhinder*, le tribunal d'appel a rejeté le moyen de la Commission voulant que l'employeur ait été tenu d'examiner M. Gaetz pour établir son aptitude particulière à continuer à travailler en dépit de son état avant son congédiement en août 1985. Et c'est ainsi qu'à la fin d'avril 1989, le tribunal d'appel a rejeté l'appel de la Commission, en statuant qu'en raison des exigences et des aptitudes liées à l'emploi de M. Gaetz, l'absence de diabète insulino-dépendant et des risques qu'il comporte constituait clairement une exigence professionnelle normale. Ce qui dans bien des circonstances peut être une vertu, poussé à l'excès, devient un défaut. Il semble qu'en l'espèce, la Commission s'obstine indûment.

<sup>h</sup> L'article 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, chap. H-6 (anciennement l'article 14) prévoit ce qui suit:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

<sup>i</sup> a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontrent qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées.

La Commission est au courant de ceci. La Commission connaît la position de la requérante à la suite de la correspondance échangée et de la vaine procédure de conciliation qui a précédé la constitu-

impugned Tribunal. The Commission well knows that jobs requiring the employee to be physically active and/or mentally alert at critical but unscheduled times have, or had at the material time, a *bona fide* qualification for anyone employed therein, that he or she be free of insulin-dependent diabetes. That must be at least reasonably necessary to assure the efficient performance of the job's tasks without endangering anyone's personal safety. The Tribunal of first instance and the Review Tribunal in the *Gaetz* case have made that proposition plain to the Commission. So has the Appeal Division of this Court in the *Mahon* case, above cited. The Commission well knows the principles stated by both the greater and smaller majorities' opinions in the *Bhinder* case, above cited: "The test does not vary with the special characteristics and circumstances of the complainant" and "A working condition does not lose its character as a *bona fide* occupational requirement because, apart from paragraph 14(a) of the Act, it may be discriminatory," as well as "Applying the requirement to each individual with varying results would rob the requirement of its character as an occupational requirement and would ignore the plain language of the section, [which would become thereby] effectively read out of the Act". The Commission knows all this, yet it persists in abusing its powers by seeking to push on with a costly inquiry by a Tribunal, and quite possibly also, a Review Tribunal.

Now, it is plain and true that Parliament has provided for Human Rights Tribunals to make inquiries into matters of alleged occupational discrimination. Therefore the Court heeds the salutary words of caution expressed by the then Associate Chief Justice Thurlow in *Attorney General of Canada v. Cumming*, [1980] 2 F.C. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5305 (T.D.), and by the same distinguished jurist in his later role of Chief Justice in *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams*, [1982] 1 F.C. 214 (C.A.). The Court should be slow to pre-empt the Commission and a Tribunal, in most circumstances, but rather, ought to permit the process to unfold as, in Parliament's enactment, it should. Even such a salutary rule may have an exception; and in this instance there is a salutary one. It resides in this: where the Tribunal's decision, in order to be cor-

tion du tribunal attaqué. La Commission sait fort bien que les fonctions exigeant qu'un employé se dépense physiquement et/ou soit mentalement présent à des moments critiques et imprévus comportent, ou comportaient à l'époque concernée, l'exigence normale que le titulaire ne soit pas un diabétique insulino-dépendant. Cela doit être au moins raisonnablement nécessaire pour garantir l'accomplissement efficace des tâches afférentes au poste sans compromettre la sécurité de qui que ce soit. Le tribunal de première instance et le tribunal d'appel dans l'affaire *Gaetz* ont exposé cela clairement à la Commission. Il en va de même pour la Section d'appel de cette Cour dans l'arrêt *Mahon*, précité. La Commission connaît bien les principes énoncés dans les opinions des majorités dans l'arrêt *Bhinder*, précité: «Le critère ne varie pas selon les caractéristiques propres au plaignant et les circonstances spéciales de son cas» et «Une condition d'emploi ne perd pas son caractère d'exigence professionnelle normale parce que, [abstraction faite de l'alinéa 14a)], elle peut être discriminatoire», et encore «Appliquer une telle exigence à chaque individu avec des résultats variables, ce serait la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et ne pas tenir compte de ce que dit clairement la disposition [qui deviendrait donc] effectivement inutile dans la Loi.» La Commission sait tout cela, et elle persiste néanmoins à abuser de ses pouvoirs en tentant de se lancer dans une enquête coûteuse menée par un tribunal, et aussi très probablement, par un tribunal d'appel.

Il est clair et vrai que le Parlement a édicté des dispositions permettant aux tribunaux des droits de la personne d'enquêter sur des questions de discrimination professionnelle. Par conséquent, la Cour tient compte de la sage mise en garde faite par le juge Thurlow, alors juge en chef adjoint, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Cumming*, [1980] 2 C.F. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5305 (1<sup>re</sup> inst.), et de la mise en garde faite par le même distingué juriste, lorsqu'il était juge en chef, dans l'arrêt *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Williams*, [1982] 1 C.F. 214 (C.A.). La Cour devrait hésiter à se substituer à la Commission et à un tribunal, dans la plupart des circonstances, mais elle devrait plutôt permettre le déroulement du processus comme il est dit dans le texte législatif du Parlement. Même une telle règle salutaire peut avoir une exception; et en l'espèce, il

rect in law and evidence, amounts to a foregone conclusion, the inquiry should be prohibited, as here, because it will be useless, expensive, disruptive, inconvenient and abusive. What is clear to the Court in this instance ought surely to be clear to the Commission and any Tribunal.

The *Mahon* decision of this Court's Appeal Division is as clear as can be, and in persisting in creating inquiries into matters already decided, at least for the material times, the Commission sadly trivializes the cause of human rights and thereby also abuses and exceeds its jurisdictional powers.

The three-judge Court in the *Mahon* case was unanimous in the result, and two of the judges, Messrs. Justices Pratte and Hugessen, were unanimous in expression. This is not a judgment to be ignored as wrongly decided, as the respondents' counsel urged. Mahon was a Canadian Pacific trackman whose duties and working conditions may have been somewhat more arduous than Mr. Doyle's, but in obvious effect the lifting, pulling, standing, mounting and dismounting moving vehicles, coupling and uncoupling railway cars and locomotives in close proximity with moving trains and equipment in all types of weather conditions were, like the disease suffered by both men, quite indistinguishable. The Commission knows all that.

In that *Mahon* case, [1988] 1 F.C. 209, Mr. Justice Pratte wrote the unanimous majority expression. At page 213, Pratte J. reviewed the medical evidence, some of which is actually recited earlier herein, having been exhibited here by the respondents. At page 215, he characterized the tribunal's conclusions in this way:

The Tribunal decided that the requirement that a trackman be not an insulin dependent diabetic was not a *bona fide* occupational requirement. After referring to the decision of the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, the Tribunal concluded that, even if the refusal to employ unstable diabetics might be justified, the risks involved in employing a stable diabetic like Mr. Mahon were not sufficiently great to

existe une exception salutaire. Elle consiste en ceci: lorsque la décision du tribunal, pour être correcte en droit et en matière de preuve, est toute tracée à l'avance, l'enquête devrait être interdite, comme en l'espèce, parce qu'elle sera inutile, coûteuse, contraignante, gênante et abusive. Ce qui est clair pour la Cour dans ce cas devrait sûrement être clair pour la Commission et tout tribunal.

La décision rendue par la Section d'appel de cette Cour dans l'affaire *Mahon* est aussi claire qu'il se peut, et en persistant à faire enquête sur des questions déjà décidées, tout au moins à l'égard des époques importantes, la Commission affaiblit malheureusement la cause des droits de la personne, et de ce fait elle commet un abus et un excès de son pouvoir juridictionnel.

La Cour composée de trois juges dans l'affaire *Mahon* s'est prononcée à l'unanimité, les juges Pratte et Hugessen rendant des motifs uniques. Il ne s'agit pas là d'un jugement qui doit être laissé de côté comme étant erroné, comme le voudraient les avocats des intimés. Mahon était un agent de la voie du Canadien Pacifique dont les fonctions et les conditions de travail pouvaient être un peu plus dures que celles de M. Doyle, mais il est évident que les efforts que devaient fournir les deux hommes pour soulever des objets, les tirer, rester debout, monter à bord de véhicules en marche et en descendre, atteler et découpler des wagons et des locomotives à proximité de trains et de matériel en marche par toutes sortes de conditions atmosphériques étaient, comme les maladies dont les deux hommes étaient victimes, tout à fait semblables. La Commission sait tout cela.

Dans l'affaire *Mahon*, [1988] 1 C.F. 209, le juge Pratte a rédigé les motifs de la majorité unanime. À la page 213, le juge Pratte a étudié les dépositions en matière médicale, dont certains extraits sont cités plus haut, les intimés les ayant déposés en preuve. À la page 215, il a dit ce qui suit sur les conclusions du tribunal:

Le tribunal a conclu que la disposition excluant les diabétiques insulino-dépendants du poste d'agent de la voie ne constituait pas une exigence professionnelle normale. Après avoir renvoyé à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, le tribunal a conclu que même si le refus d'employer des diabétiques non stables pouvait se justifier, les risques qu'il y a à

warrant the refusal of Canadian Pacific Limited to employ him.

The Tribunal's decision, therefore, assumes that it is possible for an employer to readily distinguish, among insulin dependent diabetics, those that are stable from those that are not. The applicant does not challenge that assumption. It attacks the Tribunal's decision on grounds that relate to the manner in which the Tribunal determined that the risks involved in employing stable diabetics as trackmen were not sufficiently great to warrant the refusal to employ them.

Then at pages 221 and 222 of the *Mahon* case, Pratte J. is reported in these significant passages:

The decision of the Supreme Court of Canada in *Etoibicoke* [above cited] is authority for the proposition that a requirement imposed by an employer in the interest of safety must, in order to qualify as a *bona fide* occupational requirement, be reasonably necessary in order to eliminate a sufficient risk of damage. In *Bhinder*, on the other hand, the Supreme Court upheld as a *bona fide* occupational requirement one which, if not complied with, would expose the employee to a "greater likelihood of injury—though only slightly greater" (at page 584). The effect of those decisions, in my view, is that, *a fortiori*, a job-related requirement that, according to the evidence, is reasonably necessary to eliminate a real risk of a serious damage to the public at large must be said to be a *bona fide* occupational requirement.

The decision under attack, it seems to me, is based on the generous idea that the employers and the public have the duty to accept and assume some risks of damage in order to enable disabled persons to find work. In my view, the law does not impose any such duty on anyone . . . .

Once it had been found that the applicant's policy not to employ insulin dependent diabetics as trackmen was reasonably necessary to eliminate a real risk of serious damage for the applicant, its employees and the public, there was only one decision that the Tribunal could legally make, namely, that the applicant's refusal to engage the respondent Wayne Mahon was based on a *bona fide* occupational requirement and, as a consequence, was not a discriminatory practice.

I would, for these reasons, allow the application, set aside the decision under attack and refer the matter back to the Tribunal for decision on the basis that, in view of the findings it has already made as to the risks of hiring insulin dependent diabetics as trackmen, the only conclusion that can legally be drawn is that the applicant's refusal to hire the respondent Wayne Mahon was based on a *bona fide* occupational requirement and, as a consequence, was not a discriminatory practice.

HUGGESSEN J.: I agree [Emphasis not in original text.]

It is in light of the foregoing passages, in the background of the confirmed *Gaetz* inquiry and

employer un diabétique stable comme M. Mahon n'étaient pas suffisamment élevés pour justifier le refus du Canadien Pacifique Limitée de l'embaucher.

La décision du tribunal laisse donc présumer qu'un employeur peut facilement distinguer, parmi les diabétiques insulino-dépendants, ceux qui sont stables de ceux qui ne le sont pas. La requérante ne met pas en doute cette hypothèse. Elle s'en prend à la décision du tribunal pour des motifs qui portent sur la façon dont ce dernier a déterminé que les dangers qu'il y a à employer des diabétiques stables en qualité d'agents de la voie n'étaient pas suffisamment sérieux pour justifier le refus de les engager.

Puis aux pages 221 et 222 de l'arrêt *Mahon*, se trouvent ces passages importants des motifs du juge Pratte:

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Etoibicoke* [précitée] appuie la proposition selon laquelle une exigence imposée par l'employeur dans l'intérêt de la sécurité doit, pour être reconnue comme une exigence professionnelle normale, être raisonnablement nécessaire afin d'éliminer un risque suffisant de blessures. Dans l'arrêt *Bhinder*, d'autre part, la Cour suprême a reconnu comme étant une exigence professionnelle normale celle qui, si elle n'était pas respectée, exposerait l'employé à «un risque plus grand de subir des blessures—quoique seulement légèrement plus grand» (à la page 584). Il ressort donc de ces décisions, à mon sens, qu'à plus forte raison, l'exigence reliée au travail qui, selon la preuve, est raisonnablement nécessaire pour éliminer le danger réel de préjudice grave au grand public doit être considérée comme une exigence professionnelle normale.

La décision contestée se fonde, me semble-t-il, sur l'idée généreuse que les employeurs et le public ont le devoir d'accepter et de courir certains risques de subir des blessures afin de permettre aux personnes handicapées de trouver du travail. À mon avis, la loi n'impose un tel devoir à personne . . .

Dès lors que le tribunal avait conclu que la politique de la requérante de ne pas employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie était raisonnablement nécessaire pour éliminer un risque réel de blessures graves pour la requérante, ses employés et le public, une seule décision s'imposait au regard de la loi, à savoir que le refus de la requérante d'employer Wayne Mahon était fondé sur une exigence professionnelle normale, et qu'en conséquence il ne constituait pas un acte discriminatoire.

Pour ces motifs, j'accueillerais la demande, j'annulerais la décision contestée et je renverrais l'affaire devant le tribunal pour qu'il rende une décision en tenant pour acquis que vu ses conclusions sur les dangers qu'il y a à employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie, la seule conclusion qui puisse être tirée en droit est que le refus de la requérante d'employer l'intimé Wayne Mahon est fondé sur une exigence professionnelle normale et, par conséquent, ne constitue pas un acte discriminatoire.

LE JUGE HUGGESSEN: Je souscris à ces motifs. [Non souligné dans le texte original.]

Compte tenu des extraits précités, de la confirmation de la décision dans l'enquête *Gaetz* et de

the interpretations of paragraph 15(a) of the Act pronounced by the Supreme Court of Canada in its *Etobicoke* and *Bhinder* decisions, that it is clear that yet another inquiry into the same issues arising at or around the material times ought surely to be prohibited. It is an abuse of the Commission's powers and an excess of jurisdiction. Enough is enough. The applicant, moreover, conducted itself with utmost propriety. Because, according to the applicant's counsel, the appointed Tribunal agreed to await the outcome of this litigation before embarking on the inquiry, the Court does not need to prohibit it in that regard. The applicant's counsel also indicated that the applicant seeks no costs of this proceeding. So, because the Commission has acted beyond its jurisdictional authority, here, in appointing this particular Tribunal, the respondents Cole, Tippet and Fox, and all others, acting in their capacity as a Human Rights Tribunal under the *Canadian Human Rights Act* are prohibited from inquiring into the complaint made to the Canadian Human Rights Commission on May 17, 1983 by Michael Doyle, or into any similarly grounded complaint arising from events prior to Michael Doyle's installation in the job in which he is presently employed by the applicant railway company, without prejudice, of course, to any differently grounded complaint, which has already actually been formally lodged with the Commission by the complainant, Michael Doyle.

l'interprétation de l'alinéa 15a) de la Loi qu'a faite la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Etobicoke* et *Bhinder*, il est clair qu'une autre enquête sur les mêmes questions survenant à l'époque ou près de l'époque pertinente devrait sûrement être prohibée. C'est un abus des pouvoirs de la Commission et un excès de compétence. En voilà assez. En outre, la requérante s'est comportée de façon des plus correctes. Parce que, selon l'avocat de la requérante, le tribunal constitué a convenu d'attendre l'issue de ce litige avant d'entreprendre une enquête, la Cour n'a rien à interdire à cet égard. L'avocat de la requérante a aussi laissé savoir que celle-ci ne réclamait aucun frais dans cette procédure. Donc, étant donné que la Commission a excédé sa compétence en l'espèce en constituant le tribunal en cause, il est interdit aux intimés Cole, Tippet et Fox et à toutes autres personnes agissant en qualité de tribunal des droits de la personne constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, d'enquêter sur la plainte que Michael Doyle a déposée le 17 mai 1983 auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, ou sur toute plainte ayant un fondement semblable soulevée par des événements antérieurs à l'installation de Michael Doyle dans les fonctions qu'il occupe actuellement au sein de la compagnie ferroviaire requérante, sans préjudice, naturellement, pour toute plainte fondée sur un motif différent qui pourrait déjà avoir été déposée officiellement auprès de la Commission par le plaignant, Michael Doyle.