

A-199-89

A-199-89

Attorney General of Canada (Applicant)

v.

Brian Mossop (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MOSSOP (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Marceau and Stone J.J.A.—Toronto, May 9 and 10; Ottawa, June 29, 1990.

Human rights — Human Rights Tribunal erred in holding “family status” (prohibited ground of discrimination in Canadian Human Rights Act) including homosexual couple — “Family” not so unclear as to require interpretation — Outside Tribunal’s authority to reject generally understood meaning of “family” — “Family” not fluid term subject only to requirement of reasonability — Coupled with legal concept of “status” — Homosexual couple not “family” recognized by law — Tribunal misapprehending fundamental question — Sexual orientation actual basis of discrimination herein — Not prohibited ground under Canadian Human Rights Act.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Even if sexual orientation protected from discrimination by s. 15, Charter not ipso facto legislative amending machine requiring incorporation of its doctrine into human rights legislation — Charter and human rights legislation different in nature — No balancing mechanism similar to Charter, s. 1 in human rights legislation.

Construction of statutes — Canadian Human Rights Act, s. 3(1) prohibiting discrimination on basis of “family status” — Whether including homosexual couple — “Purposive” or “living tree” approach used to interpret constitutional legislation not applicable to human rights legislation — “Family status” not intended to encompass sexual orientation.

Public Service — Labour relations — Collective agreement — Bereavement leave to attend funeral of homosexual partner’s father denied — Collective agreement defining “immediate family” — Employee laying complaints against employer, union with CHRC — Human Rights Tribunal finding “family status”, prohibited ground of discrimination, including homosexual couple — Decision set aside.

This was an application to set aside the decision of a Human Rights Tribunal that the term “family status”, a prohibited

Procureur général du Canada (requérant)

c.

^a Brian Mossop (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. MOSSOP (C.A.)

^b Cour d’appel, juges Heald, Marceau et Stone, J.C.A.—Toronto, 9 et 10 mai; Ottawa, 29 juin 1990.

Droits de la personne — Le Tribunal des droits de la personne s’est trompé en concluant que l’expression «situation de famille» (l’un des motifs de distinction illicite figurant dans la Loi canadienne sur les droits de la personne) comprenait un couple homosexuel — Le terme «famille» n’est pas si nébuleux qu’il faille le soumettre à une interprétation — Il n’était pas du ressort du Tribunal de rejeter la signification généralement reconnue du terme «famille» — Le mot «famille» n’a pas un caractère vague, sous réserve seulement d’une notion nébuleuse de caractère raisonnable — Il est associé à la notion de «status» dans la version anglaise — Un couple homosexuel ne constitue pas une «famille» reconnue par la loi — Le Tribunal n’a pas bien compris la question fondamentale — L’orientation sexuelle est le véritable fondement de la discrimination mentionnée — Elle ne fait pas partie des motifs de distinction illicite figurant dans la Loi canadienne sur les droits de la personne.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Même si l’orientation sexuelle était une forme de discrimination prohibée par l’art. 15, la Charte ne pourrait pas être utilisée comme une sorte de mécanisme d’amendement ipso facto exigeant l’incorporation des principes qui la sous-tendent dans les lois sur les droits de la personne — La Charte et les lois sur les droits de la personne sont de nature différente — Les lois sur les droits de la personne ne contiennent pas de mécanisme de pondération identique à celui qui est prévu à l’art. premier de la Charte.

Interprétation des lois — L’art. 3(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne interdit la discrimination fondée sur la «situation de famille» — Celle-ci comprend-elle un couple homosexuel? — L’approche «guidée par la raison d’être de la loi» ou de «l’arbre vivant» qui est utilisée pour l’interprétation des dispositions de la Constitution ne peut s’appliquer aux lois sur les droits de la personne — La «situation de famille» n’était pas censée comprendre l’orientation sexuelle.

Fonction publique — Relations du travail — Convention collective — Une demande de congé de deuil pour assister aux funérailles du père du partenaire homosexuel a été refusée — La convention collective donnait une définition de «famille immédiate» — L’employé a porté plainte à la CCDP contre son employeur et son syndicat — Le Tribunal des droits de la personne a conclu que la «situation de famille», l’un des motifs de distinction illicite, comprenait un couple homosexuel —

Decision annulée.

^j Il s’agissait d’une demande visant l’annulation de la décision par laquelle un tribunal des droits de la personne a statué que

ground of discrimination under subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*, included the situation of two persons living in a homosexual relationship.

The respondent's application for bereavement leave, pursuant to a collective agreement, to attend the funeral of his partner's father was refused. He was offered one day of paid special leave, which he declined on the ground that he did not want leave given at the discretion of the employer which heterosexual employees would be granted as a matter of right. He complained to the Canadian Human Rights Commission against the employer and the union. It was argued that a homosexual couple constituted a "family" and that the collective agreement was discriminatory in its failure to accord it the same treatment as that accorded to other families. According to one expert witness the complainant was involved in a "familial relationship". In the Tribunal's view, the fundamental question was whether family status included a homosexual relationship. The Tribunal held that the employer and the union had infringed paragraph 10(b) of the Act by entering into an agreement that deprived the respondent of an employment opportunity on the prohibited ground of discrimination of "family status".

Held, the application should be granted.

Per Marceau J.A.: The Tribunal erred (1) in interpreting "family status" as including a homosexual relationship and (2) in defining the fundamental question as whether "family status" in subsection 3(1) included a homosexual relationship.

The purposive approach to the interpretation of the Charter should not be adopted to the construction of human rights legislation. The Charter requires interpretation in a special way because the difficulties of amending the Constitution could cause it to fall behind changing societal values. The adoption of a "living-tree" approach towards discerning new grounds of discrimination is outside the Court's jurisdiction and would usurp the function of Parliament. Secondly, the meaning of "family" in the Act is not so unclear as to require interpretation. Finally, the Tribunal had no authority to reject the generally understood meaning of the word "family" and adopt in its stead, through an *ad hoc* approach, a meaning ill-adapted to the context in which the word appeared and not in conformity with what was intended. "Family" is not a fluid term subject only to a nebulous notion of reasonability. It must also be remembered that "family" is coupled with "status", a legal concept referring to the position of a person with respect to his rights and limitations as a result of membership in a legally recognized group. Even if a homosexual couple were recognized sociologically as a sort of family, it is not a family recognized by law as giving its members special rights and obligations.

The real ground of discrimination was sexual orientation, which is not a prohibited ground under the *Canadian Human*

l'expression «situation de famille», l'un des motifs de distinction illicite prévus au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, comprenait la situation de deux personnes qui entretiennent une relation homosexuelle.

a La demande présentée par l'intimé en vue d'obtenir un congé de deuil, prévu dans une convention collective, afin d'assister aux funérailles du père de son partenaire a été refusée. On lui a offert un congé payé spécial d'une journée, qu'il a refusé pour le motif qu'il ne voulait pas d'un congé accordé à la discrétion de son employeur alors que ce congé était accordé comme un droit à ses collègues hétérosexuels. Il a porté plainte à la Commission canadienne des droits de la personne contre son employeur et son syndicat. Il a été allégué qu'un couple homosexuel constituait une «famille» et que la convention collective était discriminatoire parce qu'elle ne lui accordait pas le même traitement qu'à d'autres familles. D'après un témoin expert, le plaignant entretenait une «relation familiale». Selon le Tribunal, la question fondamentale était de savoir si la situation de famille comprenait une relation homosexuelle. Le Tribunal a statué que l'employeur et le syndicat avaient enfreint l'alinéa 10b) de la Loi en concluant une entente susceptible d'annihiler les chances d'emploi de l'intimé et que le motif de distinction illicite mentionné était la «situation de famille».

d *Arrêt*: la demande devrait être accueillie.

e Le juge Marceau, J.C.A.: Le Tribunal s'est trompé (1) en concluant que l'expression «situation de famille» comprenait une relation homosexuelle et (2) en disant que la question fondamentale était de savoir si l'expression «situation de famille» utilisée au paragraphe 3(1) comprenait une relation homosexuelle.

f L'approche guidée par la raison d'être de la loi adoptée pour l'interprétation de la Charte ne devrait pas s'appliquer à l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne. La Charte doit être interprétée d'une façon spéciale parce qu'en raison des difficultés associées à la modification de la Constitution, les dispositions de celle-ci pourraient ne pas évoluer au même rythme que les valeurs de la société. L'application de l'interprétation de «l'arbre vivant» pour discerner de nouveaux motifs de distinction illicite déborde le cadre des pouvoirs de la Cour et usurperait la fonction du Parlement. Ensuite, le sens du mot «famille» utilisé dans la Loi n'est pas si nébuleux qu'il faille le soumettre à une interprétation. Enfin, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'écarter la signification généralement donnée au mot «famille» et d'y substituer, au moyen d'une approche volontairement ponctuelle, une signification qui ne convient pas au contexte dans lequel ce mot est employé et qui ne correspond pas à l'intention qu'avait le législateur. Le terme «famille» n'a pas un caractère vague, sous réserve seulement d'une notion nébuleuse de caractère raisonnable. Il faut également se rappeler que le terme «famille» est associé au mot «status» dans la version anglaise, qui est une notion juridique qui désigne la position spécifique d'une personne par rapport aux droits dont elle jouit et aux restrictions dont elle est l'objet du fait de son appartenance à un groupe juridiquement reconnu. Même si un couple homosexuel pouvait constituer sociologiquement parlant une sorte de famille, ce n'est pas une famille qui, juridiquement parlant, confère à ses membres des obligations et des droits spéciaux.

j Le véritable motif de distinction illicite était l'orientation sexuelle, qui ne figure pas parmi les motifs de distinction illicite

Rights Act. Even if it were a ground protected from discrimination under Charter, section 15, the Charter could not be used as a kind of *ipso facto* legislative amending machine requiring its doctrine to be incorporated into human rights legislation by stretching the meaning of terms beyond their boundaries. Human rights legislation is aimed at the population at large, whereas the Charter is designed to restructure the global juristic background against which all private ordering takes place. A complainant alleging that an agency of government has entered into an agreement infringing his Charter rights must do so outside the statutory framework of the *Canadian Human Rights Act* unless that Act prohibits the alleged infringement. Also, the Charter contains a general balancing mechanism in the form of section 1, which is not present in human rights codes. Human rights legislation may contain specific exceptions as a result of consideration by the legislatures and political compromise. If tribunals read into those statutes unforeseen meanings on the basis of Charter cases finding "analogous grounds", the section 1 limitation clause would not apply.

Per Stone J.A. (Heald J.A. concurring): In adding "family status" to subsection 3(1) as a prohibited ground of discrimination, Parliament did not intend to include discrimination based on sexual orientation. It was not within the authority of the Court to further amend the statute.

Although human rights legislation should be interpreted in a manner consistent with the Charter, the Charter should not operate so as to mandate the courts to ascribe to a statutory term a meaning it was not intended to possess. If a statutory term appears to conflict with the Charter, its constitutional validity must be put in issue for the Charter to play a role in resolving the dispute.

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, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2), 7(b) (as am. *idem*, s. 3), 9(1)(c)(ii) (as am. *idem*, s. 4), 10(b) (as am. *idem*, s. 5).

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

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. 28.

Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(g).

énumérés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Même si c'était une forme de discrimination prohibée par l'article 15, la Charte ne pourrait pas être utilisée comme une sorte de mécanisme d'amendement *ipso facto* exigeant l'incorporation des principes qui la sous-tendent dans les lois sur les droits de la personne en étirant le sens des mots au-delà de leur limites. Les lois relatives aux droits de la personne visent la population en général, alors que la Charte prétend restructurer le cadre juridique global dans lequel s'inscrivent les rapports privés. Celui qui prétend qu'un mandataire du gouvernement a conclu une entente qui viole les droits qui lui sont garantis par la Charte doit le faire en dehors du cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à moins que la Loi n'interdise spécifiquement la violation en question. De plus, la Charte prévoit à son article premier un mécanisme général de pondération qui n'existe pas dans les codes des droits de la personne. Des exceptions particulières peuvent figurer dans la législation sur les droits de la personne parce qu'elles ont été prises en considération par les législatures et sont le fruit d'un compromis politique. Si les tribunaux voyaient dans ces lois des significations qui n'avaient pas été envisagées pour le motif qu'on a conclu dans des décisions portant sur la Charte que ces significations constituaient des «motifs analogues», la clause limitative fondée sur l'article premier ne s'appliquerait pas.

Le juge Stone, J.C.A. (avec l'appui du juge Heald, J.C.A.): En ajoutant la «situation de famille» au paragraphe 3(1) comme motif de distinction illicite, le Parlement n'avait pas l'intention d'y inclure la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il n'était pas du ressort de la Cour de modifier la loi pour aller plus loin.

Bien que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées d'une manière qui soit conforme aux dispositions de la Charte, la Charte ne devrait pas obliger les tribunaux à attribuer à une expression employée dans une loi une signification qu'on n'avait pas l'intention de lui attribuer. Si cette expression semble incompatible avec les dispositions de la Charte, c'est alors la constitutionnalité de cette expression qui doit être contestée si l'on veut que la Charte puisse jouer un rôle dans le règlement du litige.

g 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, chap. 53, art. 9g.

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 3(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 2), 7b) (mod., *idem*, art. 3), 9(1)(c)(ii) (mod., *idem*, art. 4), 10b) (mod., *idem*, art. 5).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1.
Sask. Reg. 216/79, s. 1(a).

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1.
Sask. Reg. 216/79, art. 1(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

DISTINGUISHED:

Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al., [1975] 1 S.C.R. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269; (1984), 9 D.L.R. (4th) 10; 84 C.L.L.C. 14,037; 53 N.R. 203.

CONSIDERED:

Schaap v. Canadian Armed Forces, [1989] 3 F.C. 172; (1988), 56 D.L.R. (4th) 105; 95 N.R. 132 (C.A.); *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321; (1989), 29 F.T.R. 74 (T.D.); *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

REFERRED TO:

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 C.L.L.C. 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *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 C.L.L.C. 17,003; 63 N.R. 185; *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 C.L.L.C. 17,022; 76 N.R. 161; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 C.L.L.C. 17,024; 74 N.R. 303; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 C.L.L.C. 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69; *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513; 26 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.); *Babineau et al. v. Babineau et al.* (1981), 32 O.R. (2d) 545; 122 D.L.R. (3d) 508 (H.C.); affd (1982), 37 O.R. (2d) 527; 133 D.L.R. (3d) 767 (C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres, [1975] 1 R.C.S. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269; (1984), 9 D.L.R. (4th) 10; 84 C.L.L.C. 14,037; 53 N.R. 203.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Schaap c. Forces armées canadiennes, [1989] 3 C.F. 172; (1988), 56 D.L.R. (4th) 105; 95 N.R. 132 (C.A.); *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321; (1989), 29 F.T.R. 74 (1^{re} inst.); *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

DÉCISIONS CITÉES:

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 C.L.L.C. 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *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 C.L.L.C. 17,003; 63 N.R. 185; *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 C.L.L.C. 17,022; 76 N.R. 161; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 87 C.L.L.C. 17,024; 74 N.R. 303; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 C.L.L.C. 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69; *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513; 26 D.L.R. (4th) 728; 14 O.A.C. 194 (C.A.); *Babineau et al. v. Babineau et al.* (1981), 32 O.R. (2d) 545; 122 D.L.R. (3d) 508 (H.C.); conf. par (1982), 37 O.R. (2d) 527; 133 D.L.R. (3d) 767 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue no. 114 (December 20, 1982).

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

COUNSEL:

Barbara A. McIsaac for applicant.
René Duval for the Canadian Human Rights Commission.

V. Jennifer MacKinnon and *A. B. McAllister* for intervenors Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Canadian Rights and Liberties Federation, The National Association of Women and the Law, The Canadian Disability Rights Council and The National Action Committee on the Status of Women.

W. Ian Binnie and *Jenny P. Stephenson* for intervenors Focus on the Family, The Salvation Army, Real Women, The Evangelical Fellowship of Canada and The Pentecostal Assemblies of Canada.

APPEARANCE:

Brian Mossop on his own behalf.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

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

Burke-Robertson, Ottawa, for intervenors Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Canadian Rights and Liberties Federation, The National Association of Women and the Law, The Canadian Disability Rights Council and The National Action Committee on the Status of Women.

McCarthy Tétrault, Toronto, for intervenors Focus on the Family, The Salvation Army, Real Women, The Evangelical Fellowship of Canada and The Pentecostal Assemblies of Canada.

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 114 (20 décembre 1982).

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

AVOCATS:

Barbara A. McIsaac pour le requérant.
René Duval pour la Commission canadienne des droits de la personne.

V. Jennifer MacKinnon et *A. B. McAllister* pour les intervenants Equality for Gays and Lesbians Everywhere, la Fédération canadienne des droits et libertés, l'Association nationale de la femme et le droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité national d'action sur le statut de la femme.

W. Ian Binnie et *Jenny P. Stephenson* pour les intervenants Focus on the Family, l'Armée du Salut, Real Women, The Evangelical Fellowship of Canada et The Pentecostal Assemblies of Canada.

A COMPARU:

Brian Mossop pour son propre compte.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Les Services juridiques de la Commission canadienne des droits de la personne pour la Commission canadienne des droits de la personne.

Burke-Robertson, Ottawa, pour les intervenants Equality for Gays and Lesbians Everywhere, la Fédération canadienne des droits et libertés, l'Association nationale de la femme et le droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité national d'action sur le statut de la femme.

McCarthy Tétrault, Toronto, pour les intervenants Focus on the Family, l'Armée du Salut, Real Women, The Evangelical Fellowship of Canada et The Pentecostal Assemblies of Canada.

RESPONDENT ON HIS OWN BEHALF:

Brian Mossop, Toronto.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: One of the grounds of discrimination prohibited by the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 as amended, now R.S.C., 1985, c. H-6, ("the Act"), is "family status". Does this term include the situation of two persons living in a homosexual relationship? A human rights tribunal has rendered a decision based on the view that it does and the Attorney General of Canada, in this application brought under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], asks the Court to review and set aside that decision.

As it was to be expected, the case has captured the interest of many groups and associations which have sought leave to intervene or at least address the Court. Representations have been heard, in support of the Attorney General's position, from: the Salvation Army, Focus on the Family Association Canada, Real Women, the Pentecostal Assemblies of Canada and the Evangelical Fellowship of Canada; and in support of the Tribunal's decision, from: the Canadian Rights and Liberties Federation, Equality for Gays and Lesbians Everywhere, the National Association of Women and the Law, the Canadian Disability Rights Council and the National Action Committee on the Status of Women.

Let us review first the factual context in which the issue arises and must be considered.

In June 1985, Brian Mossop, the respondent, was employed in Toronto as a translator for the Department of the Secretary of State. He had been living with Ken Popert since 1976. The two men shared a house which they owned together and financed from a joint bank account. They shared domestic tasks, and arranged to take their holidays at the same time in order to travel together. Their homosexual relationship was some-

L'INTIMÉ POUR SON PROPRE COMPTE:

Brian Mossop, Toronto.

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: L'un des motifs de distinction illicite prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, et ses modifications, maintenant L.R.C. (1985), chap. H-6 («la Loi») est la «situation de famille». Cette expression comprend-elle la situation de deux personnes qui entretiennent une relation homosexuelle? Le Tribunal des droits de la personne a rendu une décision dans laquelle il a répondu par l'affirmative à cette question, et le procureur général du Canada a soumis à la Cour une demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] dans laquelle il demande la révision et l'annulation de cette décision.

Comme il fallait s'y attendre, cette affaire a suscité l'intérêt de nombreux groupes et associations, qui ont demandé la permission d'intervenir ou, du moins, d'être entendus par la Cour. Des observations appuyant la position du procureur général ont été faites par: l'Armée du Salut, Focus on the Family Association Canada, Real Women, les Pentecostal Assemblies of Canada et l'Evangelical Fellowship of Canada. Des observations appuyant la décision du Tribunal ont été faites par: la Fédération canadienne des droits et libertés, Equality for Gays and Lesbians Everywhere, l'Association nationale de la femme et le droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité national d'action sur le statut de la femme.

Commençons par passer en revue les faits qui ont donné lieu au litige et en fonction desquels l'affaire doit être analysée.

En juin 1985, M. Brian Mossop (l'intimé) travaillait à Toronto comme traducteur pour le Secrétariat d'État. Il vivait avec M. Ken Popert depuis 1976. Les deux hommes partageaient une maison qu'ils avaient achetée ensemble et qui était financée au moyen d'un compte de banque conjoint. Ils se partageaient les tâches domestiques et s'arrangeaient pour prendre leurs vacances en même temps afin de pouvoir voyager ensemble. Leur

thing of a matter of public record, in so far as they represented themselves as lovers to their friends and families and they were both active in the gay rights movement. On June 3, 1985, Mossop did not go to work in order to accompany Mr. Popert to the funeral of Popert's father.

At the time, the respondent's terms of employment were governed by a collective agreement between the Treasury Board and the Canadian Union of Professional and Technical Employees ("CUPTE"). Article 19.02 of this agreement contained a provision relating to bereavement leave calling for up to four days leave upon the death of a member of an employee's "immediate family", which term was defined as:

... father, mother, brother, sister, spouse (including common-law spouse resident with the employee), child (including child of common-law spouse), or ward of the employee, father-in-law, mother-in-law, and in addition a relative who permanently resides in the employee's household or with whom the employee permanently resides.

In the definition section of the agreement, at article 2.01(s), it had already been provided that:

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

The day after the funeral, Mossop applied in writing for bereavement leave pursuant to article 19.02 of the collective agreement. The application was turned down, and Mossop declined to accept the day of special leave he was offered in its stead. His reason was that he did not want a day of leave given at the discretion of his employer, which fellow heterosexual employees would be accorded as a matter of right under the collective agreement. When his grievance, filed with the approval of and pursued by his union, was rejected on the basis that the denial of his application was in accordance with the collective agreement, Mossop went to the Canadian Human Rights Commission and laid complaints against both his employer, the Department of the Secretary of State (to which was later added the Treasury Board), and his union CUPTE. The complaints invoked paragraph 7(b) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 3],

relation homosexuelle était en quelque sorte de notoriété publique puisqu'ils se présentaient comme des amants à leurs amis et à leurs familles, et qu'ils militaient tous deux activement dans le mouvement en faveur des droits des homosexuels. Le 3 juin 1985, M. Mossop s'est absenté du travail pour accompagner M. Popert aux obsèques de son père.

À ce moment, les conditions d'emploi de l'intimé étaient régies par une convention collective entre le Conseil du Trésor et le Syndicat canadien des employés professionnels et techniques («SCEPT»). L'article 19.02 de cette convention contenait une disposition relative au congé de deuil donnant droit à un congé d'une durée maximum de quatre jours lors du décès d'un membre de la «proche famille» de l'employé. L'expression «proche famille» était ainsi définie:

... le père, la mère, le frère, la sœur, le conjoint (y compris le conjoint de droit commun demeurant avec l'employé), l'enfant propre de l'employé (y compris l'enfant du conjoint de droit commun) ou l'enfant en tutelle de l'employé, le beau-père, la belle-mère et tout parent demeurant en permanence au foyer de l'employé ou avec qui l'employé demeure en permanence.

Dans les définitions contenues dans la convention, il était déjà prévu à l'article 2.01s) que:

... on dit qu'il existe des liens de «conjoint de droit commun» lorsque, pendant une période continue d'au moins une année, un employé a cohabité avec une personne du sexe opposé, l'a présentée publiquement comme son conjoint, et vit et a l'intention de continuer à vivre avec cette personne comme si elle était son conjoint.

Le lendemain des obsèques, M. Mossop a présenté une demande écrite en vue d'obtenir le congé de deuil prévu à l'article 19.02 de la convention collective. Sa demande a été rejetée, et M. Mossop a décliné l'offre de congé spécial d'une journée qu'on lui a faite à la place. Il a motivé son refus en disant qu'il ne voulait pas d'une journée de congé accordée à la discrétion de l'employeur, alors que la convention collective accordait automatiquement cette journée à ses collègues hétérosexuels. Il a présenté un grief avec l'approbation de son syndicat, qui l'a également représenté, mais le grief a été rejeté au motif que le refus d'accorder le congé demandé était conforme à la convention collective. M. Mossop s'est alors adressé à la Commission canadienne des droits de la personne et a déposé des plaintes contre son employeur, le Secrétariat d'État (auquel s'est ensuite ajouté le Conseil du Trésor) et son syndicat, le SCEPT. Les plaintes

subparagraph 9(1)(c)(ii) [as am. *idem*, s. 4] and paragraph 10(b) [as am. *idem*, s. 5] of the Act, which then read thus:

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

9.(1) It is a discriminatory practice for an employee organization on a prohibited ground of discrimination

(c) to limit, segregate, classify or otherwise act in relation to an individual in a way that would

(i) deprive the individual of employment opportunities, or,

(ii) limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the individual,

where the individual is a member of the organization or where any of the obligations of the organization pursuant to a collective agreement relate to the individual.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

First, the employer was accused of having “differentiated adversely in relation to an employee in the course of employment” contrary to paragraph 7(b), and the union of having acted in a way that would “limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of (an) individual” contrary to subparagraph 9(1)(c)(ii). And then, both the employer and the union were said to have together contravened paragraph 10(b) by entering into an agreement affecting a “matter relating to employment . . . that deprives or tends to deprive an individual . . . of any employment opportunities”. In each case, family status was mentioned as the prohibited ground of discrimination.

étaient fondées sur l’alinéa 7b) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 3], le sous-alinéa 9(1)c)(ii) [mod., *idem*, art. 4] et l’alinéa 10b) [mod., *idem*, art. 5] de la Loi, qui sont ainsi

a libellés:

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

b) de défavoriser un employé dans le cadre de son emploi,

b directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

9.(1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l’association d’employés

c

c) d’établir, à l’endroit d’un adhérent ou d’un individu à l’égard de qui elle a des obligations aux termes d’une convention collective, que celui-ci fasse ou non partie de l’association, des restrictions, des différences ou des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles

d

(i) de le priver de ses chances d’emploi ou d’avancement, ou
(ii) de limiter ses chances d’emploi ou d’avancement, ou, d’une façon générale, de nuire à sa situation

e pour un motif de distinction illicite.

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l’employeur, l’association d’employeurs ou l’association d’employés

f

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l’engagement, les promotions, la formation, l’apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d’un emploi présent ou éventuel

g pour un motif de distinction illicite, d’une manière susceptible d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus.

D’abord, l’intimé a reproché à l’employeur d’avoir «défavorisé un employé dans le cadre de son emploi» en contravention de l’alinéa 7b) de la Loi, puis il a reproché au syndicat d’avoir agi d’une manière susceptible «de limiter ses chances d’emploi ou d’avancement, ou, d’une façon générale, de nuire à sa situation» en contravention du sous-alinéa 9(1)c)(ii) de la Loi. Enfin, il a prétendu que l’employeur et le syndicat avaient tous deux contrevenu à l’alinéa 10b) de la Loi en concluant une entente touchant un «aspect d’un emploi . . . d’une manière susceptible d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu». Dans chaque cas, le motif de distinction illicite mentionné était la situation de famille.

h

i

j

Before the single member Tribunal established pursuant to the Act to deal with the complaints, the fundamental question was seen to be whether the meaning of "family status" included the relationship between the complainant and Popert. The complainant's position supported by the Commission was that a homosexual couple such as the one formed by him and Popert constitutes a family, and that the collective agreement was discriminatory in its failure to accord it the same treatment as that accorded to other families. The Commission called as an expert witness a specialist in sociology and family policy, Dr. Margrit Eichler, who had worked as a consultant to many agencies involved with public policy affecting families and was the author of a textbook on the Canadian family. Her testimony was to the effect that there was no current general consensus on how to usefully define family composition for all purposes. In her opinion, the complainant and Popert were involved in a "familial relationship" in so far as it was a relationship which had lasted for a long time and contained the expectation of at least indefinite duration, and which involved joint residence, aspects of economic union, sexual relations, emotional support, and the sharing of domestic tasks. In answer to a question from the Tribunal, she expressed the view that there was not really any single factor which can be singled out as a *sine qua non* in the definition of a family—e.g. a married couple might maintain separate residences; children of a marriage ended in divorce might maintain family ties with both parents, although the former spouses would no longer think of each other as family members; neither active sexual relations nor exclusivity of sexual contacts can be seen as defining parameters.

The Tribunal concluded that the Treasury Board and CUPTE had infringed paragraph 10(b) in entering into the collective agreement. In so far as it had done no more than administer the terms of the agreement from which its decision had flowed directly, the Department was not found to have committed a separate discriminatory practice against paragraph 7(b) in denying the bereave-

Devant le tribunal composé d'un seul membre qui a été constitué sous le régime de la Loi pour examiner les plaintes, on a considéré que la question fondamentale était de savoir si l'expression «situation de famille» comprenait la relation qu'entretenaient l'intimé et M. Popert. Soutenu par la Commission, le plaignant a prétendu qu'un couple homosexuel comme celui qu'il formait avec M. Popert constituait une famille, et que la convention collective était discriminatoire parce qu'elle ne lui accordait pas un traitement identique à celui dont bénéficiaient d'autres familles. La Commission a fait comparaître à titre de témoin expert une spécialiste de la sociologie et des politiques familiales, le docteur Margrit Eichler, qui a travaillé comme consultante auprès de nombreux organismes s'occupant de questions d'intérêt public qui se rapportent aux familles, et qui a écrit un manuel traitant de la famille canadienne. Durant son témoignage, elle a dit qu'il n'y avait pas de consensus général, à l'heure actuelle, sur ce qu'on pourrait utilement considérer comme une définition polyvalente de la famille. À son avis, le plaignant et M. Popert entretenaient une «relation familiale» dans la mesure où il s'agissait d'une relation qui durait depuis un certain temps, qui devait en principe se poursuivre, et qui comportait une cohabitation, une union économique à plusieurs égards, des relations sexuelles, un soutien d'ordre émotif et le partage des tâches domestiques. En réponse à une question du Tribunal, le Dr. Eichler a précisé qu'aucun facteur particulier ne pouvait véritablement être considéré comme un élément essentiel de la définition de la famille (p. ex. un couple marié peut avoir des résidences distinctes, ou bien des enfants dont les parents sont divorcés peuvent entretenir des liens familiaux avec les deux parents, même si les ex-conjoints ne considèrent plus faire partie de la même famille). De plus, ni le fait d'avoir des relations sexuelles actives, ni l'exclusivité des contacts sexuels ne peuvent être considérés comme des paramètres.

Le Tribunal a conclu que le Conseil du Trésor et le SCEPT avaient enfreint l'alinéa 10b) de la Loi en paraphant la convention collective. Quant au Secrétariat d'État, le Tribunal a conclu qu'il n'avait commis aucun acte discriminatoire prohibé par l'alinéa 7b) en refusant d'accorder le congé de deuil, dans la mesure où il s'était limité à appliquer les dispositions de la convention dont a

ment leave. As an aside, it was found "irrelevant" that the Department had offered the complainant a day of special leave under a different provision of the agreement. Likewise, no separate finding of liability against CUPTE was made under subparagraph 9(1)(c)(ii). It was ordered that June 3, 1985 be designated as a day of bereavement leave, that the holiday leave credit which had been used to account for the absence be restored, that Treasury Board and CUPTE each pay the complainant \$250 in respect of feelings and self-respect, and that the collective agreement be applied, and amended, so that the definition of common-law spouse (and thus of immediate family) include persons of the same sex who would meet the definition in its other respects.

As noted, the Tribunal saw the fundamental question that was put to it as being whether the term "family status", as it appears in subsection 3(1) of the Act [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2], includes a homosexual relationship between two individuals. In view of this approach and the conclusion reached, the parties were led to define the main issue on this application as being whether the Tribunal had erred in coming to an affirmative answer to the question. I will follow suit and examine, in a first part, this issue. It so happens, however, that I do not agree with the view of the Tribunal that the question defined by it as fundamental would solve the real issue that had to be addressed; and I will endeavor to show why in a second part. But before I come to these two main parts of my analysis, I would like to deal quickly with some adjacent issues which, although secondary, are too serious to be ignored.

Some Secondary Issues

1. The applicant has argued before the Tribunal and again before us that the respondent could not speak of discrimination because he had in fact been offered a day of paid leave which he had chosen to decline. As explained above, the offer was made under a provision of the collective agreement which gave the employer the discretionary

découlé directement sa décision. Soit dit en passant, le Tribunal n'a pas jugé «pertinent» que le Secrétariat d'État ait offert au plaignant de prendre une journée de congé spécial prévue par une autre disposition de la convention. De même, les agissements du SCEPT n'ont pas constitué un acte discriminatoire prohibé par le sous-alinéa 9(1)(c)(ii). Il a été ordonné que le 3 juin 1985 soit désigné comme une journée de congé de deuil, que la journée de congé annuel utilisée pour justifier l'absence soit créditée au plaignant, que le Conseil du Trésor et le SCEPT versent tous deux au plaignant la somme de 250 \$ pour atteinte à ses sentiments et à son amour-propre, et que la convention collective soit appliquée, et modifiée, de façon que la définition de «conjoint de droit commun» (et, partant, de «proche famille») s'applique aux personnes du même sexe respectant les autres critères de la définition.

Comme je l'ai dit, le Tribunal a estimé que la question fondamentale à trancher était de savoir si l'expression «situation de famille» qui figure au paragraphe 3(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 2] de la Loi incluait la relation homosexuelle qu'entretiennent deux personnes. Étant donné cette approche et la conclusion du Tribunal, les parties ont été portées à définir la question principale soulevée dans le présent litige comme étant celle de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en répondant par l'affirmative à cette question. J'en ferai autant et j'analyserai dans un premier temps cette question. Toutefois, il se trouve que je ne souscris pas à l'opinion du Tribunal voulant que la question qu'il a jugée fondamentale permette de solutionner la véritable question en litige; je tenterai de démontrer pourquoi dans un deuxième temps. Mais avant d'entamer ces deux volets de mon analyse, j'aimerais traiter brièvement quelques questions connexes qui, bien que secondaires, sont trop importantes pour qu'on en fasse abstraction.

Quelques questions secondaires

1. Le requérant a soutenu devant le Tribunal, puis devant nous, que l'intimé ne pouvait pas parler de discrimination parce qu'on lui avait offert une journée de congé payé, offre qu'il a choisi de rejeter. Comme je l'ai déjà expliqué, cette offre était fondée sur une disposition de la convention collective qui donnait à l'employeur le pouvoir

power to grant an employee leave with pay for purposes other than those specified, and the respondent felt that having to depend on the discretion of an employer for a benefit is not the same as being entitled to it as of right.

It is true that, had the offer been accepted, there would have been, as a matter of fact, no adverse treatment, no special burden, obligation or disadvantage imposed, which is of the essence of discrimination. The end result would have been rendered possible by resorting to a special provision of the collective agreement, but it would not have been different. The adverse result suffered by the respondent was of his own making, so to speak. I am therefore prepared to say that, for that reason alone, the complaint against the employer based on paragraph 7(b) of the Act could not be substantiated. Actual discrimination appears to be required by its wording, which I repeat for convenience:

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,
on a prohibited ground of discrimination.

We know, however, that the employer was not found liable under paragraph 7(b). The reason given, namely that the employer had simply applied the provisions of the collective agreement, is not quite convincing, since an act remains discriminatory and, as such, prohibited regardless of whether it is covered by a collective agreement. But the fact remains that paragraph 7(b) is now out of the question. The impugned decision is one that has substantiated a complaint against Treasury Board and CUPTE made under paragraph 10(b) of the Act which is obviously not limited to the occurrence of actual discrimination, reading again as follows:

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

discrétionnaire d'accorder à un employé un congé payé à des fins autres que celles indiquées dans la convention; l'intimé a pour sa part estimé qu'un avantage accordé selon le bon vouloir de l'employeur n'équivalait pas à un droit.

Il est vrai que si l'intimé avait accepté l'offre de son employeur, il n'aurait pas été défavorisé et on ne lui aurait imposé aucun fardeau, devoir ou désavantage particulier, facteurs qui sont l'essence même de la discrimination. Le problème aurait été résolu en appliquant une autre disposition de la convention collective, mais le résultat n'aurait pas été différent. Le préjudice qu'a subi l'intimé a résulté de sa propre faute, pour ainsi dire. Je suis donc disposé à affirmer que, pour cette seule raison, la plainte formée contre l'employeur aux termes de l'alinéa 7b) de la Loi n'est pas fondée. D'après le libellé de cet alinéa, que je cite à nouveau par souci de commodité, il semble qu'un véritable acte discriminatoire doive avoir été commis:

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

b) de défavoriser un employé dans le cadre de son emploi,
directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

Nous savons toutefois que la responsabilité de l'employeur aux termes de l'alinéa 7b) n'a pas été retenue parce qu'il s'est contenté d'appliquer les dispositions de la convention collective. Cette explication n'est pas très convaincante, car un acte demeure discriminatoire et, comme tel, illicite, qu'il soit ou non prévu par une convention collective. Quoi qu'il en soit, l'application de l'alinéa 7b) de la Loi est maintenant écartée. La décision contestée a motivé la plainte formée contre le Conseil du Trésor et le SCEPT aux termes de l'alinéa 10b) de la Loi; de toute évidence, la portée de cet alinéa ne se limite pas aux cas de discrimination véritable. Je le cite à nouveau:

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur, l'association d'employeurs ou l'association d'employés

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

Treasury Board's liability resulted from the co-enactment of the agreement itself, and the award in respect of hurt feelings stemmed from the structure of the agreement rather than from its application.

The argument therefore has no bearing before us.

2. Some intervenors have raised a special issue drawn from the fact that the funeral attended by the respondent was that of Popert's father, not of Popert himself. There is no definition, they say, of "father-in-law" in the agreement, a term used to describe one of the relationships to be included within the scope of "immediate family". The ordinary meaning of "father-in-law" (and they stress the phrase "in-law") covers only the father of a legal spouse. They support the argument by pointing to the fact that the provision explicitly enlarges the definition of "child" to include the child of a common-law spouse, which enlargement does not occur in the case of "father-in-law", "immediate family" being defined, as it will be recalled, as:

... father, mother, brother, sister, spouse (including common-law spouse resident with the employee), child (including child of common-law spouse), or ward of the employee, father-in-law, mother-in-law, and in addition a relative who permanently resides in the employee's household or with whom the employee permanently resides.

I will have occasion later to express reservation with the readiness with which the Tribunal passed from the finding that Mossop and Popert constituted a family to a finding that they were to be treated as common-law spouses. And I agree that it was somewhat precipitous on the part of the Tribunal to take for granted, without some analysis, that the term father-in-law was to apply to the father of a common-law spouse. I do not believe however that, in that respect, it was wrong.

As we have seen, the agreement includes "common-law spouse" within the meaning to be given to the term spouse ("spouse (including common-law spouse)"). If the normal meaning of father-in-law is founded on the parental relationship to a spouse, it should, in the context of the provision, also include parental relationship to a common-law spouse. There is no reason for treating the relationship between spouses identically with that of com-

Le Conseil du Trésor a été tenu responsable parce qu'il a paraphé la convention collective avec le SCEPT, et l'indemnité versée à l'intimé pour atteinte à son amour-propre a résulté de la structure de la convention plutôt que de son application.

Cet argument n'a donc aucun rapport avec la question dont nous sommes saisis.

2. Certains intervenants ont soulevé une question particulière découlant du fait que les obsèques auxquelles l'intimé a assisté n'étaient pas celles de M. Popert, mais celles du père de ce dernier. La convention ne définit pas, ont-ils dit, le terme «*father-in-law*» (beau-père) qui est employé pour décrire l'une des personnes auxquelles s'applique la notion de «proche famille». Selon eux, le sens ordinaire de ce terme (et ils ont insisté sur les mots anglais «*in-law*») ne désigne que le père d'un époux. Pour étayer cet argument, ils ont fait valoir que la disposition incluait expressément l'enfant du conjoint de droit commun dans la définition du terme «enfant», et qu'il n'en allait pas de même pour le terme «beau-père». On se souviendra que l'expression «proche famille» est ainsi définie:

... le père, la mère, le frère, la sœur, le conjoint (y compris le conjoint de droit commun demeurant avec l'employé), l'enfant propre de l'employé (y compris l'enfant du conjoint de droit commun) ou l'enfant en tutelle de l'employé, le beau-père, la belle-mère et tout parent demeurant en permanence au foyer de l'employé ou avec qui l'employé demeure en permanence.

J'aurai l'occasion un peu plus loin d'exprimer une réserve sur l'empressement avec lequel le Tribunal est passé de la conclusion voulant que MM. Mossop et Popert constituent une famille à celle voulant qu'ils doivent être considérés comme des conjoints de droit commun. Je conviens aussi que c'est pour le moins hâtivement que le Tribunal a tenu pour acquis, sans pousser plus loin son analyse, que le terme beau-père devait s'appliquer au père d'un conjoint de droit commun. Toutefois, je ne crois pas qu'il se soit trompé à cet égard.

Comme nous l'avons vu, la convention précise que le terme «conjoint» englobe le «conjoint de droit commun» («le conjoint (y compris le conjoint de droit commun)»). Si le sens ordinaire du terme «beau-père» désigne la relation entre ce dernier et un époux, il devrait aussi désigner, dans le contexte de cette disposition, la relation avec un conjoint de droit commun. Il n'y a pas raison de dire que la relation qu'entretiennent des époux est identique à

mon-law spouses, while differentiating between the relationships of members of both those groups and their respective parents. I would think further that, even if the agreement had intended to make such a distinction, on the basis of this Court's finding in *Schaap v. Canadian Armed Forces*, [1989] 3 F.C. 172, it would have constituted discrimination on the basis of marital status. In any event, I need only say, to close the argument, that the interpretation of the agreement implicitly chosen by the Tribunal is at least as reasonable as that propounded by the intervenors and should not be disturbed.

3. There is another point, which none of the parties have raised, that requires some comments. The Tribunal has, again with no analysis, taken for granted that bereavement leave falls within the scope of rights protected by paragraph 10(b) of the Act. At page 66 of the reasons, it simply says "in the view of the Tribunal, bereavement leave is an 'employment opportunity' as that term is used in paragraph 10(b) of the Act".

It could be appropriate to reproduce again paragraph 10(b), in both its French and English versions, underlining the relevant words:

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

Was the intention that every employment benefit be seen as an employment opportunity? I seriously doubt that it was so; certainly the French version and even the English version, I venture to add, suggest a narrower meaning, namely that essentially hiring and promotion were considered. And such limitation would not be without reason, if it is borne in mind that section 10, unlike sections 7 and 9, is not only concerned with actual discrimination but reaches into possible or eventual discrimination, and therefore calls for a broader and more intrusive analysis of the purpose and

celle qu'entretennent des conjoints de droit commun, si l'on doit établir une distinction au niveau de la relation entre les membres de ces deux groupes et leurs parents respectifs. Qui plus est, même si l'on avait eu l'intention de faire une telle distinction dans la convention, il se serait agi d'un acte discriminatoire fondé sur l'état matrimonial, compte tenu de la conclusion de cette Cour dans l'arrêt *Schaap c. Forces armées canadiennes*, [1989] 3 C.F. 172. Quoi qu'il en soit, il me suffira de dire, pour clore la discussion à ce sujet, que l'interprétation de la convention qu'a implicitement choisie le Tribunal est au moins aussi raisonnable que celle proposée par les intervenants, et qu'il n'y a pas lieu de la modifier.

3. Un autre point, qui n'a été soulevé par aucune partie, mérite certains commentaires. Le Tribunal a, encore une fois sans faire d'analyse, tenu pour acquis qu'un congé de deuil faisait partie des droits protégés par l'alinéa 10b) de la Loi. À la page 72 de ses motifs, il dit simplement que [TRADUCTION] «le Tribunal est d'avis qu'un congé de deuil est une "chance d'emploi", selon le sens que donne à cette expression [l'alinéa] 10b) de la Loi».

Il pourrait être utile de citer à nouveau cet alinéa, en français et en anglais, et d'en souligner les passages pertinents:

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur, l'association d'employeurs ou l'association d'employés

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

Avait-on l'intention de faire en sorte que tout avantage découlant d'un emploi soit perçu comme une chance d'emploi ou d'avancement? J'en doute sérieusement. Chose certaine, la version française et, irais-je même jusqu'à dire, la version anglaise suggèrent un sens plus restreint, à savoir que seuls l'engagement et les promotions étaient visés. Une telle limitation ne serait pas sans fondement, si l'on se rappelle que l'article 10, contrairement aux articles 7 et 9, ne s'applique pas seulement à la discrimination véritable, mais aussi à la discrimination éventuelle; par conséquent, il nécessite que

effect of general policies and agreements rather than only an assessment of a specific situation of fact.

As I said, the point has not been raised by the parties and was not taken up by them when it was raised by the Court at the hearing: to allow it to influence the debate today would be inappropriate or at least unsatisfactory. I did not want, however, that my silence be interpreted as an endorsement of the quick conclusion of the Tribunal.

The Issue Seen as Fundamental

Has the Tribunal erred in interpreting the term "family status" in the Act as including a homosexual relationship between two individuals?

I said that all parties were in agreement as to the definition of the issue and the formulation of the question. Not quite, in fact. Counsel for the Commission would have brought a qualification to it: in effect, he would have added to the words "has erred" the phrase "in a patently unreasonable way". The standard for reviewing the Tribunal's interpretation, said counsel, should be that established by the Supreme Court in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; and *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269. I disagree. In both those cases referred to, and in the others where likewise the Supreme Court has limited the power of intervention of the reviewing courts to cases of patent unreasonableness, the tribunals were acting under the special protection of privative clauses. There is no such clause immunizing the decisions of a human rights tribunal. It may be difficult at times, in analyzing a decision, to extract the question of law from the facts of the case so as to verify the treatment given to it by the tribunal without interfering with factual findings not subject to review. But the facts in this case are clearly established and there is no danger of mixing them up with the

l'on fasse une analyse plus globale et plus approfondie de l'objet et de l'incidence des mesures et des ententes générales, au lieu de s'en tenir à une simple évaluation d'une situation de fait donnée.

^a Comme je l'ai dit, ce point n'a pas été soulevé par les parties et n'a pas été repris par elles après que la Cour l'eut soulevé durant l'audition de la demande; il serait donc inopportun ou, du moins, peu satisfaisant, de le laisser influencer le débat maintenant. Je ne voulais toutefois pas que mon silence soit interprété comme un aval de la conclusion hâtive du Tribunal.

c La question jugée fondamentale

Le Tribunal s'est-il trompé en concluant que l'expression «situation de famille» employée dans la Loi comprenait la relation homosexuelle qu'entretiennent deux personnes?

^d J'ai dit précédemment que toutes les parties s'entendaient sur la définition et la formulation de la question. Pas tout à fait, en réalité. L'avocat de la Commission aurait apporté une précision: en effet, il aurait ajouté aux mots «s'est-il trompé» les mots «d'une manière manifestement déraisonnable». Selon lui, le critère applicable pour la révision de l'interprétation du Tribunal devrait être celui qu'a énoncé la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; et *Banque Nationale du Canada c. Union internationales des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269. Je ne suis pas de cet avis. Dans ces deux arrêts, et dans d'autres cas où la Cour suprême a pareillement restreint l'exercice du pouvoir d'intervention des tribunaux de juridiction supérieure aux cas où la décision était manifestement déraisonnable, les tribunaux avaient agi sous la protection spéciale de clauses privatives. Il n'y a pas de clause semblable qui protège les décisions d'un tribunal des droits de la personne. Lorsqu'on analyse une décision, il est parfois difficile de discerner la question de droit parmi les faits en litige, afin de voir comment le tribunal l'a traitée, sans s'immiscer dans les conclusions de fait qui, elles, ne sont pas susceptible d'être révisées. Mais les faits en l'espèce sont clairement établis, et il n'y a pas de risque de les confondre avec la question d'interprétation dont nous sommes saisis,

purely legal question of interpretation involved. If the Tribunal was not correct in its answer to the question, however understandable may have been its error, the Court has the duty to intervene.

As I read the reasons of the Tribunal, its conclusion that the term "family status" included homosexual couples was drawn from a reasoning evolving around three main propositions, namely: (a) the Supreme Court has indicated that the same purposive approach taken to the interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] has to be taken to the interpretation of human rights codes; (b) there is a problem of interpretation as to the definition to be given to the word "family" as it appears in the Act; and (c) in seeking to solve this problem of interpretation, one should not try to find the reasonable definition but simply a reasonable one and, in that respect, the functional definition given by the sociological approach is, in view of the goal to be achieved, quite acceptable. I have difficulties with all three propositions.

(a) It is quite true that in those well-known cases relied on by the Tribunal, *O'Malley*, *Bhinder*, *Action Travail des Femmes*, and *Robichaud*,¹ human rights legislation was said to be of a quasi-constitutional nature. But that was said to situate it in relation to other enactments and underline its pre-eminence. It is also quite true that the words "broad" and "purposive" regularly applied to qualify the approach to be taken to interpret the Charter were sometimes used to describe the approach adopted in cases involving difficulties of interpretation of human rights legislation. But the statement, which often takes as point of reference the enunciation, at the head of human rights legislation, of its goals and purpose, has yet to be applied in order to reshape or relocate that very

¹ *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84.

qui relève strictement du droit. Si le Tribunal n'a pas correctement répondu à la question, quelque compréhensible qu'ait pu être son erreur, la Cour se doit d'intervenir.

^a Si je saisis bien les motifs du Tribunal, sa conclusion voulant que l'expression «situation de famille» comprenne les couples homosexuels découle d'un raisonnement fondé sur les trois prémisses suivantes: a) la Cour suprême a indiqué que la même approche guidée par la raison d'être de la loi adoptée pour l'interprétation 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] doit aussi s'appliquer aux codes des droits de la personne; b) il y a un problème d'interprétation en ce qui a trait à la définition qu'on doit donner au terme «famille» employé dans la Loi; et c) pour résoudre ce problème d'interprétation, on ne doit pas tenter de trouver la définition raisonnable, mais simplement une définition raisonnable et, à cet égard, la définition fonctionnelle donnée par la sociologie est, compte tenu de l'objectif à atteindre, tout à fait acceptable. J'ai de la difficulté à souscrire à ces trois prémisses.

^f a) Il est parfaitement vrai que dans les célèbres arrêts sur lesquels le Tribunal s'est appuyé (*O'Malley*, *Bhinder*, *Action Travail des Femmes*, et *Robichaud*¹), la Cour suprême a déclaré que les lois sur les droits de la personne étaient de nature quasi-constitutionnelle. Mais la Cour a dit cela pour situer ces lois par rapport à d'autres textes de loi et pour en souligner la prééminence. Il est aussi parfaitement vrai que les mots «large» et «selon l'objet de la loi», qui sont régulièrement employés pour qualifier l'interprétation qu'il convient de donner à la Charte, ont parfois été utilisés pour décrire l'approche adoptée dans des causes soulevant des difficultés d'interprétation de lois relatives aux droits de la personne. Mais ces assertions, dont le point de référence est souvent l'énonciation, au

¹ *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84.

point of reference constituted by the listing of a definite number of specific grounds of discrimination. In any event, is it not required by the *Interpretation Act* that any piece of legislation be construed liberally and in accordance with its purpose.²

As I understand the Supreme Court judgments, the main reason why the Charter had to be interpreted in a very special way, and particularly without the same deference to the historical intentions of the drafters and legislators, is that the difficulties of amending the Constitution could cause its provisions to fall behind changes in society's conception of basic societal values and thereby render them inadequate and unable to fulfill its very role (see on this point the comments of Dickson J. [as he then was] in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at page 155). This is obviously not the problem with human rights acts which can be reviewed and amended like any other legislation.

There is no doubt that the courts, in giving effect to the provisions of human rights legislation, should act as liberally and as "bravely" as possible, bearing in mind that are often at stake the interests of "unpopular" groups which must be defended from majoritarian opinions. But I believe that if the courts were to adopt, in interpreting human rights acts, a "living-tree" approach towards discerning new grounds of discrimination for proscription, or re-defining past meanings given to existing grounds, they would step outside the scope of their constitutional responsibilities and usurp the function of Parliament.

(b) I do not see how it can be said that the word "family" has a meaning so uncertain, unclear and

² I refer, of course, to section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

début des lois sur les droits de la personne, des buts et objectifs visés, n'ont pas encore été utilisées aux fins de transformer ou déplacer ce point de référence précis constitué de l'énumération d'un nombre déterminé de motifs de distinction illicite. Quoi qu'il en soit, la *Loi d'interprétation* n'exige-t-elle pas que tous les textes de loi reçoivent une interprétation large et libérale qui soit compatible avec la réalisation de leur objet²?

b D'après ce que je comprends de ces décisions de la Cour suprême, la principale raison pour laquelle la Charte a dû être interprétée d'une manière très spéciale, plus particulièrement sans qu'on accorde le même respect aux intentions historiques des rédacteurs et des législateurs, c'est qu'en raison des difficultés associées à la modification de la Constitution, les dispositions de celle-ci pourraient ne pas évoluer au même rythme que la conception qu'a la société des valeurs fondamentales qui la sous-tendent et, partant, devenir désuètes et ne plus pouvoir jouer le rôle qui leur a été dévolu (voir à ce sujet les remarques du juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la page 155). Le problème ne se pose évidemment pas avec les lois sur les droits de la personne, qui peuvent être modifiées comme n'importe quel texte de loi.

f Il ne fait aucun doute que les tribunaux, lorsqu'ils sont appelés à interpréter les dispositions d'une loi sur les droits de la personne, devraient agir aussi libéralement et «bravement» que possible, et ne pas oublier que sont souvent en jeu les intérêts de groupes «impopulaires» qu'il faut défendre contre des opinions majoritaires. Je pense toutefois que si les tribunaux décidaient alors d'appliquer à ces lois l'approche interprétative de «l'arbre vivant» pour discerner de nouveaux motifs de distinction illicite, ou pour redéfinir le sens que l'on donnait dans le passé à des motifs existants, ils déborderaient le cadre de leurs responsabilités constitutionnelles, usurpant ainsi la fonction du Parlement.

b) Je ne vois pas comment on peut dire que le mot «famille» a un sens si incertain, si nébuleux et

² Je fais évidemment allusion à l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), chap. I-21:

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

equivocal that, in a legal context, it must in every instance be subjected to interpretation by the courts. Is it not to be acknowledged that the basic concept signified by the word has always been a group of individuals with common genes, common blood, common ancestors? This basic concept lends itself to various degrees of extension since the common ancestor may be chosen more or less remotely along the line of generations and the group referred to today is generally seen as including individuals connected by affinity or adoption, an inclusion rendered normal by the fact that marriage was made the only socially accepted way of extending and continuing the group, and adoption a legally established imitation of natural filiation. But that does not affect the core meaning conveyed by the word. It is true that the term is also the subject of analogical uses which may still be debatable and will remain susceptible to changes (hence the lack of complete uniformity in the dictionaries). But so long as these analogous uses are clearly seen as being what they are semantically, i.e. uses by analogy, the peripheral area of uncertainty they bring in is quite residual and should not be misleading.

(c) I cannot accept the idea that "family" would be a fluid term whose meaning in the Act, being susceptible of varying from one case to another, should be established in relation to a goal to be attained in a particular instance, subject only to a nebulous notion of reasonability. I would have thought that, to play the role of guidance that was assigned to it, the legislation ought to be clarified, if need be, in a more definite way. On the other hand, I do not understand exactly what is meant by taking a functional or sociological approach to arrive at a definition of the word "family" and indeed I still do not know what definition that approach is supposed to have led to. It seems to me that what was done by the Tribunal was to take some attributes usually ascribed to families, such as mutual love between members, mutual assistance, joint residence, emotional support, sharing of domestic tasks, sexual relations, and treat them as being of the essence of the concept itself being signified. There is a difference between being, in

si équivoque qu'il faille constamment le soumettre à l'interprétation des tribunaux lorsqu'il est employé dans un contexte juridique. Ne doit-on pas admettre que, fondamentalement, ce mot a toujours désigné un groupe de personnes ayant des gènes et des ancêtres communs et unies par les liens du sang? Cette notion fondamentale peut être étendue à différents degrés puisque l'ancêtre commun peut être choisi plus ou moins loin parmi les générations et que, de nos jours, on considère généralement que font partie de ce groupe des personnes rattachées entre elles par leurs affinités ou par l'adoption, ce qui est devenu tout à fait normal parce qu'on a fait du mariage le seul moyen socialement acceptable d'agrandir et de perpétuer le groupe, et de l'adoption une imitation juridiquement admise de la filiation naturelle. Quoi qu'il en soit, cela ne modifie en rien le sens premier de ce mot. Il est vrai que ce terme est aussi l'objet d'emplois analogiques qui peuvent être discutables et demeureront susceptibles de changements (d'où l'absence de complète uniformité totale des dictionnaires). Mais tant et aussi longtemps que ces emplois analogiques seront clairement considérés pour ce qu'ils sont sur le plan sémantique, c'est-à-dire des emplois par analogie, la zone grise qu'ils créent restera assez secondaire et ne devrait pas nous induire en erreur.

f

c) Il m'est impossible d'admettre que le terme «famille» ait un caractère si vague que sa signification dans la Loi puisse varier selon le contexte et doive par conséquent être établie en fonction d'un objectif à atteindre dans un cas donné, sous réserve seulement d'une notion nébuleuse de caractère raisonnable. J'aurais pensé que pour pouvoir jouer le rôle de guide qui lui a été attribué, la loi mériterait d'être clarifiée, au besoin, de façon plus définitive. Par contre, je ne comprends pas exactement ce que l'on veut dire quand on parle de prendre une approche fonctionnelle ou sociologique pour arriver à définir le terme «famille», et je ne sais pas encore à quelle définition cette approche aurait dû nous mener. Il me semble que le Tribunal a simplement pris certains attributs habituels d'une famille comme l'amour réciproque que se portent ceux qui en font partie, l'aide mutuelle, la cohabitation, le soutien émotif, le partage des tâches domestiques et les relations sexuelles, et les a considérés comme l'essence même de la famille. À

certain respects, functionally akin to a family and being a family.

To these serious difficulties I have with the propositions adopted by the Tribunal, I will add my concern with an approach that simply forgets that the word "family" is not used in isolation in the Act, but rather coupled with the word "status". A status, to me, is primarily a legal concept which refers to the particular position of a person with respect to his or her rights and limitations as a result of his or her being member of some legally recognized and regulated group. I fail to see how any approach other than a legal one could lead to a proper understanding of what is meant by the phrase "family status". Even if we were to accept that two homosexual lovers can constitute "sociologically speaking" a sort of family, it is certainly not one which is now recognized by law as giving its members special rights and obligations.

I do not forget that in *Schaap v. Canadian Armed Forces (supra)*, this Court, by a majority decision, has found that the expression "marital status" as used in the Act included the status of being unmarried,³ and therefore did not necessarily refer to the legal position of a person as a member of a group. I suppose, however, that no one would want to look at the expression "family status" in the same way and assume that it means being or not a member of a family or being related or not to another individual. To carry through such an assumption would lead to the result that the employee who is denied leave to attend the funeral of someone unrelated to him would be discriminated against on the basis of his family status.

³ As it had been expressly declared by two provincial pieces of legislation for their respective Human Rights Codes: Saskatchewan (para. 1(a), Reg. 216/79 under the Code [*The Saskatchewan Human Rights Code*], S.S. 1979, c. S-24.1) and Ontario (para. 9(g) of the Code [*Human Rights Code, 1981*], S.O. 1981, c. 53).

mon avis, il y a une différence entre le fait d'être, à certains égards, fonctionnellement semblable à une famille, et le fait d'être une famille.

" À ces sérieuses réserves que je fais sur les prémisses du Tribunal s'ajoute le fait qu'il s'agit d'une approche qui ne tient tout simplement pas compte du fait que le terme «famille» n'est pas employé seul dans la Loi, mais qu'il est associé au mot «*status*» dans la version anglaise. À mes yeux, «*status*» est d'abord et avant tout une notion juridique qui désigne la position spécifique d'une personne par rapport aux droits dont elle jouit et aux restrictions dont elle est l'objet du fait de son appartenance à un groupe juridiquement reconnu et réglementé. Je ne vois pas comment une approche autre que l'approche juridique peut mener à une compréhension correcte de ce que signifie l'expression «*family status*». Même si nous devons convenir que deux amants homosexuels peuvent constituer «sociologiquement parlant» une sorte de famille, ce n'est certainement pas une famille qui, juridiquement parlant, confère à ses membres des obligations et des droits spéciaux.

Je n'oublie pas que dans l'arrêt *Schaap c. Forces armées canadiennes* (précité), cette Cour a conclu, dans une décision majoritaire, que l'expression «état matrimonial» employée dans la Loi comprenait la condition de célibataire³ et, par conséquent, ne désignait pas nécessairement la situation juridique d'une personne en tant que membre d'un groupe. J'imagine toutefois que personne n'oserait analyser l'expression «situation de famille» de la même façon et prétendre qu'elle signifie le fait d'être ou de ne pas être membre d'une famille ou d'être ou de ne pas être apparenté à une autre personne. Pousser le raisonnement à ce point conduirait à dire que l'employé à qui l'on refuse d'accorder un congé pour assister aux obsèques d'une personne qui ne lui est pas apparentée serait victime d'un acte discriminatoire fondé sur sa «situation de famille».

³ Comme l'ont expressément déclaré deux législatures provinciales dans le cadre de leurs codes des droits de la personne respectifs: la Saskatchewan (alinéa 1a) du Règl. 216/79 adopté sous le régime du Code [*The Saskatchewan Human Rights Code*], S.S. 1979, chap. S-24.1) et l'Ontario (alinéa 9g) du Code [*Code des droits de la personne, 1981*], L.O. 1981, chap. 53).

Nor am I oblivious of the fact that the French version of subsection 3(1) does not speak of “*statut familial*”, but of “*situation de famille*”. It should be noted, however, that it is precisely with a view to expressing in English what the French version was already saying that the Act was amended in 1983 (S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2),⁴ so that the English version must be taken to express the notion underlying the words used in French.

So, the reasoning of the Tribunal simply does not appear to me acceptable. The Tribunal had no authority to reject the generally understood meaning given to the word “family” and to adopt in its stead, through a consciously *ad hoc* approach, a meaning ill-adapted to the context in which the word appears and obviously not in conformity with what was intended when the word was introduced, as shown by the legislative history of the amendment.⁵

The Real Issue Underlying the Complaint

I would even go further and say that, in my view, the Tribunal was not entitled to dispose of the complaint as it did on the sole basis of its conclusion that homosexual couples such as the respondent and Popert were in a “familial relationship”. Of course, a negative answer to the question of whether they constituted a family would have been determinative, but a positive one was not. The necessary foundations of the complaint were, I believe, both more specific and more fundamental than recognized by the Tribunal.

They were more specific in this sense. The collective agreement dealt with immediate family, and spelled out its membership. The only parental relationship acknowledged to fall within it, other than a parental relationship directly implicating the employee (his immediate parents or children),

⁴ “Marital status” was until then the only ground mentioned in the English version and it was felt that the expression was narrower than the corresponding French phrase “*situation de famille*”.

⁵ Re: *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, Issue No. 114, December 20, 1982, as reported in the Tribunal’s decision, at pp. 35 to 39, Case Book, pp. 325-329.

Je n’oublie pas non plus que la version française du paragraphe 3(1) ne parle pas de «statut familial», mais de «situation de famille». Il convient toutefois de noter que c’est précisément afin d’exprimer en anglais ce que la version française disait déjà que la Loi a été modifiée en 1983 (S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 2)⁴; par conséquent, on doit considérer que la version anglaise exprime la notion qui est sous-jacente dans les mots utilisés en français.

En résumé, le raisonnement du Tribunal m’apparaît tout simplement inacceptable. Le Tribunal n’a pas le pouvoir d’écarter la signification généralement donnée au mot «famille» et d’y substituer, au moyen d’une approche volontairement ponctuelle, une signification qui ne convient pas au contexte dans lequel ce mot est employé et qui, de toute évidence, ne correspond pas à l’intention qu’avait le législateur lorsqu’il a incorporé ce mot dans la Loi, comme en témoigne l’historique législatif de la modification⁵.

La véritable question en litige

J’irais même jusqu’à dire qu’à mon avis, le Tribunal n’avait pas le droit de trancher la plainte comme il l’a fait, en concluant simplement qu’un couple homosexuel comme celui que formaient M. Popert et l’intimé entretenait effectivement une «relation familiale». Évidemment, une réponse négative à la question de savoir s’ils formaient une famille aurait été déterminante, mais une réponse affirmative ne l’était pas. Selon moi, les assises nécessaires de la plainte étaient à la fois plus spécifiques et plus fondamentales que celles qu’a reconnues le Tribunal.

Elles étaient plus spécifiques pour la raison suivante. La convention collective traitait de la proche famille et précisait qui en faisait partie. La seule relation familiale qui était visée par la convention, mise à part la relation familiale concernant directement l’employé (ses parents ou ses

⁴ L’expression «*marital status*» était jusqu’à ce moment le seul motif mentionné dans la version anglaise et l’on a jugé que cette expression avait un sens plus restreint que l’équivalent français «*situation de famille*».

⁵ Voir les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, fascicule n° 114, 20 décembre 1982, dont des extraits sont cités dans la décision du Tribunal, aux p. 39 à 43, Dossier d’appel, p. 325 à 329.

was a parental relationship involving his/her spouse (i.e. the father-in-law of the employee). The complainant's case must rest, therefore, on the basis that not only was his lover a member of his family, but that they were spouses. It has to be assumed, of course, that in the mind of the Tribunal the homosexual couple constituted a family because the two men were in a spousal relationship. But it seems to me that a more specific analysis was required than one based on the general attributes of a family group. I already said that, in my understanding, it is by extension that a spouse was included in the concept of family and that was because she or he was at the start of a new branch to the larger family group, and likely at the origin of a new family unit. If that understanding is correct, the analysis of the Tribunal falls short of being to the point.

But not only were the foundations of the complaint more specific than acknowledged, they were more fundamental. Indeed, should it be admitted that a homosexual couple constitutes a family in the same manner as a husband and wife, it then becomes apparent that the disadvantage that may result to it by a refusal to treat it as a heterosexual couple is inextricably related to the sexual orientation of its members. It is sexual orientation which has led the complainant to enter with Popert into a "familial relationship" (to use the expression of the expert sociologist) and sexual orientation, therefore, which has precluded the recognition of his family status with regard to his lover and that man's father. So in final analysis, sexual orientation is really the ground of discrimination involved.

But could it not be said, at this point, that although sexual orientation is not one of the enumerated grounds of discrimination in the Act, according to two cases, *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.) (affirmed on other grounds by the Court of Appeal on May 31, 1990, Court file A-557-89), and *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.), it is a ground protected from discrimination under section 15 of the Charter, so that the conclusion reached by the Tribunal would be validated by being the only

enfants), était celle qui mettait en cause son conjoint (c'est-à-dire le beau-père de l'employé). Le plaignant devait donc établir que non seulement son amant était un membre de sa famille, mais qu'il était aussi son conjoint. Il faut évidemment supposer que, dans l'esprit du Tribunal, ce couple homosexuel formait une famille parce que les deux hommes entretenaient une relation conjugale. Toutefois, il me semble qu'il aurait fallu faire une analyse plus spécifique que celle fondée sur les attributs généraux d'un groupe familial. J'ai déjà dit qu'à mon sens, c'était par extension seulement qu'un conjoint était inclus dans la notion de famille, et que c'était seulement parce qu'il était au commencement d'une nouvelle branche du groupe familial élargi et probablement à l'origine d'une nouvelle unité familiale. Si mon raisonnement est correct, l'analyse du Tribunal est alors loin d'être exacte.

Non seulement les assises de la plainte étaient plus spécifiques qu'on ne l'a reconnu, elles étaient aussi plus fondamentales. En effet, si l'on devait admettre qu'un couple homosexuel constitue une famille au même titre que des époux, il devient alors évident que le désavantage pouvant découler du refus de traiter ce couple comme un couple hétérosexuel est inextricablement lié à l'orientation sexuelle des deux partenaires. C'est l'orientation sexuelle qui a amené le plaignant à entretenir une «relation familiale» (pour employer l'expression de l'experte en sociologie) avec M. Popert; c'est donc l'orientation sexuelle qui l'a empêché de faire reconnaître sa situation de famille par rapport à son amant et au père de celui-ci. En dernière analyse, c'est l'orientation sexuelle qui est le véritable motif de distinction illicite en l'espèce.

Mais ne pourrait-on pas dire, à ce stade-ci, que même si l'orientation sexuelle ne figure pas parmi les motifs de distinction illicite énumérés dans la Loi, il pourrait quand même s'agir, selon les arrêts *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.) (confirmé pour d'autres motifs par la Cour d'appel le 31 mai 1990, n° du greffe A-557-89) et *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.), d'une forme de discrimination prohibée par l'article 15 de la Charte, ce qui prouverait la justesse de la conclusion du Tribunal puisque ce

application of "family status" consonant with the Charter.

My reaction is that I do not see the Charter as capable of being used as a kind of *ipso facto* legislative amendment machine requiring its doctrine to be incorporated in the human rights legislation by stretching the meaning of terms beyond their boundaries.

For one thing, human rights codes impact on areas of the private sector of economic life which are not readily seen to fall within the scope of the Charter. It may well be that the legislatures who entrenched the Charter were willing to impose a more demanding standard of conduct on themselves and on the executive than they would have decided to impose on the population at large.

Of course, I do not address this remark to situations where a private party invokes or relies on a power conferred through legislation, statutory or subordinate, in order to produce an infringement of the Charter rights of another (see the remarks of McIntyre J. in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pages 602-603, commenting on the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513. Rather, the reaction addresses the proposition that the Charter purports to restructure the global juristic background against which all private ordering takes place.

It might be argued that the remark, if relevant to a situation where all the parties are acting in a private capacity, nevertheless fails to take into account the fact that here we are dealing with a collective agreement at least one of the co-authors of which falls easily within the notion of government as set out in section 32 of the Charter. Approaching the question in this manner, it remains to be said that a complainant alleging that an agency of government has entered into an agreement infringing his Charter rights must do so outside the statutory framework of the *Canadian Human Rights Act*, unless that Act prohibits the alleged infringement.

For another thing, the Charter contains within it a general balancing mechanism, in the form of

serait la seule application de l'expression «situation de famille» qui respecte la Charte.

Je ne pense pas que la Charte soit susceptible d'être utilisée comme une sorte de mécanisme d'amendement législatif *ipso facto* exigeant l'incorporation des principes qui la sous-tendent dans les lois sur les droits de la personne en étirant le sens des mots au-delà de leurs limites.

En premier lieu, les codes des droits de la personne s'appliquent à des aspects du domaine privé de la vie économique qui ne sont pas volontiers considérés comme relevant de la Charte. Il se peut bien que les législatures qui ont adopté la Charte aient voulu se soumettre, ainsi que le pouvoir exécutif, à une norme de conduite plus sévère que celle à laquelle ils auraient décidé de soumettre la population en général.

Bien entendu, cette remarque ne s'applique pas à des situations où une partie privée invoque un pouvoir attribué par un texte de loi, qu'il s'agisse d'un loi ou d'un règlement, ou s'appuie sur lui, pour entraîner la violation des droits d'un tiers qui sont garantis par la Charte (voir les remarques du juge McIntyre dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pages 602 et 603, à propos de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513. Ma remarque s'applique plutôt à l'assertion voulant que la Charte prétende restructurer le cadre juridique global dans lequel s'inscrivent les rapports privés.

On pourrait prétendre que cette remarque, bien que pertinente lorsque toutes les parties concernées agissent à titre privé, ne tient cependant pas compte du fait qu'ici, nous sommes saisis d'une convention collective dont au moins l'un des co-auteurs est visé par la notion de gouvernement qui figure à l'article 32 de la Charte. Si l'on analyse la question sous cet angle, il convient simplement d'ajouter que celui qui prétend qu'un mandataire du gouvernement a conclu une entente qui viole les droits qui lui sont garantis par la Charte doit le faire en dehors du cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à moins que la Loi n'interdise spécifiquement la violation en question.

En second lieu, la Charte prévoit à son article premier un mécanisme général de pondération qui

section 1, which is not present in human rights codes. To advance their position that the human rights legislation and the Charter must be linked together, the respondent and the Commission referred to a passage in the reasons of McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 176, reading:

While discrimination under s. 15(1) will be of the same nature and in descriptive terms will fit the concept of discrimination developed under the Human Rights Acts, a further step will be required in order to decide whether discriminatory laws can be justified under s. 1. The onus will be on the state to establish this. This is a distinct step called for under the *Charter* which is not found in most Human Rights Acts, because in those Acts justification for or defence to discrimination is generally found in specific exceptions to the substantive rights.

The passage, in my view, helps me make my point. These specific exceptions (e.g. *bona fide* occupational requirements) are present in human rights legislation as a result of consideration by the legislatures, and quite possibly as a result of political compromise reached through the democratic process. If tribunals begin to read into those statutes unforeseen meanings on the basis that Charter jurisprudence has found such meanings to constitute "analogous grounds" under section 15, there will be no section 1 analysis, and no occasion for the development of specific exceptions to substantive rights referred to by McIntyre J.

Unlike some other legislatures,⁶ Parliament has not made sexual orientation a ground of discrimination prohibited by the *Canadian Human Rights Act*. Its inclusion has been recommended by the House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights, and the recommendation may be acted upon. But until then, the Act is what it is and I do not find it appropriate for tribunals or courts to preempt the legislative process.

My overall conclusion will now be clear: I think, with respect, that, to substantiate the complaint of the respondent, the Tribunal not only had to give

⁶ Quebec, Manitoba and the Yukon Territories.

n'existe pas dans les codes des droits de la personne. Pour étayer leur argument voulant que l'on doive rattacher la législation sur les droits de la personne à la Charte, l'intimé et la Commission se sont appuyés sur un extrait des motifs qu'a prononcés le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 176:

Bien que la discrimination au sens du par. 15(1) soit de même nature et corresponde sur le plan de sa description au concept de discrimination élaboré sous le régime des lois sur les droits de la personne, une autre étape devra être franchie pour décider si des lois discriminatoires peuvent être justifiées en vertu de l'article premier. Il appartiendra à l'État d'établir cela. Il s'agit là d'une étape distincte nécessaire en vertu de la *Charte* et que l'on ne trouve pas dans la plupart des lois sur les droits de la personne parce que dans ces lois la justification de la discrimination réside généralement dans des exceptions aux droits fondamentaux.

Selon moi, cet extrait fait pencher la balance de mon côté. Ces exceptions particulières (p. ex. les exigences professionnelles justifiées) figurent dans la législation sur les droits de la personne parce qu'elles ont été prises en considération par les législatures et fort probablement aussi parce qu'elles sont le fruit d'un compromis politique obtenu par le biais du processus démocratique. Si les tribunaux commencent à voir dans ces lois des significations qui n'avaient pas été envisagées au motif qu'on a conclu dans des décisions portant sur la Charte que ces significations constituaient des «motifs analogues» au sens de l'article 15, il n'y aura pas d'analyse fondée sur l'article premier ni d'occasion d'établir les exceptions spécifiques aux droits fondamentaux dont parlait le juge McIntyre.

Contrairement à d'autres législatures⁶, le Parlement n'a pas inclus l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction illicite prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. C'est toutefois ce qu'a recommandé le comité parlementaire sur les droits à l'égalité de la Chambre des communes, et cette recommandation pourrait avoir des suites. Mais pour l'instant, la Loi est muette à ce sujet, et je n'estime pas approprié que des tribunaux anticipent sur le processus législatif.

Ma conclusion générale sera claire: je pense, en toute déférence, que pour accueillir la plainte de l'intimé, le Tribunal a non seulement dû donner à

⁶ Le Québec, le Manitoba et le Yukon.

the words "family status" a meaning not borne by the term, it had to attribute to its conclusion in that respect a consequence which logically did not necessarily follow.

I would grant the section 28 application and set aside the decision of the Human Rights Tribunal dated April 5, 1989 substantiating the complaint of the respondent.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: I am in agreement with the result proposed by my colleague Mr. Justice Marceau, and also with the reasons he gives except as indicated in these brief reasons. I shall restrict myself to three aspects of the matter.

While resort to legislative history for assistance in ascribing a particular construction to the term "family status" would not be proper, such resort may be had in order to show the limited evil or mischief sought to be remedied by Parliament at the time that term was introduced.⁷ Parliament's objective in adding "family status" as a prohibited ground of discrimination to those already contained in subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*,⁸ is of considerable significance in deciding upon the correctness of the decision under attack.⁹ Until that amendment was adopted on July 1, 1983 the original English version of the Act included only "marital status" whereas the original French version included only "*situation de famille*". The amendment appears to have been introduced to resolve a discrepancy between the two versions.

⁷ See e.g. *Babineau et al. v. Babineau et al.* (1981), 32 O.R. (2d) 545 (H.C.); affd on appeal (1982), 37 O.R. (2d) 527 (C.A.).

⁸ This subsection, as amended, reads:

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

⁹ Indeed, the Tribunal considered the legislative history of the amendment: *Tribunal's Decision*, Appeal Book, Volume 3, at pp. 326-329.

l'expression «situation de famille» une signification qu'elle n'a pas, mais a aussi dû fonder sa conclusion à cet égard sur une conséquence qui n'en découlait pas logiquement.

a

J'accueillerais la demande fondée sur l'article 28 et j'annulerais la décision du Tribunal des droits de la personne datée du 5 avril 1989 qui reconnaissait le bien-fondé de la plainte de l'intimé.

b

* * *

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

c

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis d'accord avec la conclusion de mon collègue le juge Marceau, ainsi qu'avec les motifs qu'il donne, sous réserve des précisions que j'apporte dans les brefs motifs qui suivent. Je me limiterai à trois aspects de l'affaire.

d

Bien qu'il puisse ne pas être approprié de recourir à l'historique de la loi pour tenter d'attribuer un sens particulier à l'expression «situation de famille», l'on peut tout de même y recourir afin de découvrir la situation ou l'abus que le Parlement a voulu réformer à l'époque où cette expression a été adoptée⁷. L'objectif que visait le Parlement lorsqu'il a ajouté les expressions «*family status*» et «état matrimonial» aux motifs de distinction illicite qui figuraient déjà au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁸, est particulièrement important lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le bien-fondé de la décision contestée⁹. Avant l'adoption de cette modification le 1^{er} juillet 1983, la version anglaise originale de la Loi comprenait seulement l'expression «*marital status*», tandis que la version française originale ne comprenait que l'expression «situation de famille».

e

Cette modification semble avoir eu pour objet de niveler une différence entre les deux versions.

f

⁷ Voir p. ex *Babineau et al. v. Babineau et al.* (1981), 32 O.R. (2d) 545 (H.C.); conf. en appel (1982), 37 O.R. (2d) 527 (C.A.).

⁸ Ce paragraphe, qui a été modifié, dispose que:

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

⁹ De fait, le Tribunal a tenu compte de l'historique législatif de la modification: *Décision du Tribunal*, Dossier d'appel, vol. 3, aux p. 326 à 329.

In testifying before a Standing Committee of the House of Commons which was studying the proposed change, the then Minister of Justice pointed to the above-noted mischief and added the following with respect to the "family status" concept proposed for adoption:

... this concept prohibits discrimination on the basis of relationships arising from marriage, consanguinity or legal adoption. It could include ancestral relationships, whether legitimate, illegitimate or by adoption, as well relationships between spouses, siblings, in-laws, uncles or aunts, nephews or nieces, cousins, etc.. It will be up to the commission, the tribunals it appoints, and in the final cases, the courts, to ascertain in a given case the meaning to be given to these concepts.¹⁰

The Minister also made it clear that the Government of the day had decided not to include in the Act "sexual orientation" as a prohibited ground of discrimination.¹¹

In my view, this evidence furnishes a strong indication that it was the intention of Parliament to limit the new prohibited ground of discrimination in a way which did not include discrimination based on sexual orientation. Parliament, of course, is free to further amend the statute,¹² but in the meantime it is not within the authority of this Court to do that which Parliament alone may do. We are here concerned with the interpretation of "family status" and not with the wisdom underlying Parliament's decision not to include within it sexual orientation as a prohibited ground of discrimination.

Secondly, as we are not called upon in this case to decide whether that term includes or excludes common-law relationships, I prefer to leave that question for another time. I merely wish to note that a common-law relationship, unlike that with which we are here concerned, is one that exists between two persons of the opposite sex.

¹⁰ *Standing Committee on Justice and Legal Affairs, Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue no. 114, at p. 17. (Appeal Book, Volume 3, at p. 326.)

¹¹ *Ibid.*, at pp. 19-20 (Appeal Book, Volume 3, at p. 329).

¹² As has been recommended in the *Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for All* of October 1985. This recommendation is to the effect that "sexual orientation" be included in the Act as a prohibited ground of discrimination.

Lorsqu'il a comparu devant le Comité permanent de la Chambre des communes qui étudiait la modification proposée, le ministre de la Justice de l'époque a attiré l'attention sur la situation décrite ci-dessus et a fait la remarque suivante au sujet de la notion de «family status» (situation de famille) dont on proposait l'adoption:

... il s'agit ici d'interdire toute discrimination fondée sur les relations entre les personnes par suite d'un mariage, de la consanguinité ou de l'adoption légale. Cela inclut les relations ancestrales, qu'elles soient légitimes, illégitimes ou adoptives, de même que les relations entre les conjoints, les enfants, les liens par alliance, les oncles ou les tantes, les neveux ou les nièces, les cousins, etc. Il incombera à la Commission, aux tribunaux qu'elle nommera et en dernier ressort, aux tribunaux, d'établir dans chacun des cas la signification de ces notions¹⁰.

Le ministre a aussi précisé que le gouvernement de l'époque avait décidé de ne pas inclure dans la Loi «l'orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite¹¹.

À mon avis, ce témoignage indique clairement que le Parlement avait l'intention de limiter ce nouveau motif de distinction illicite de façon à ne pas inclure la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le Parlement est évidemment libre d'apporter d'autres modifications à la Loi¹², mais dans l'intervalle, il n'est pas du ressort de cette Cour de faire ce que seul le Parlement peut faire. Nous nous intéressons en l'espèce à l'interprétation de l'expression «situation de famille», pas à la sagesse qui sous-tend la décision du Parlement de ne pas inclure l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite.

Deuxièmement, comme on ne nous demande pas dans le présent litige de déterminer si cette expression inclut ou exclut les unions de fait, je préfère laisser cette question en plan pour l'instant. Je désire simplement souligner qu'une union de fait désigne une relation qui existe entre deux personnes de sexe opposé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

¹⁰ Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 114, à la p. 17. (Dossier d'appel, volume 3, p. 326.)

¹¹ *Ibid.*, aux p. 19-20 (Dossier d'appel, volume 3, p. 329).

¹² Comme on l'a recommandé dans le *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité: Égalité pour tous* d'octobre 1985. Cette recommandation préconise l'inclusion dans la Loi de «l'orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite.

Finally, the contention that “when human rights legislation is in conflict with the Charter, the provisions of the Charter prevail”¹³ would appear to be supported by the decided cases.¹⁴ 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]] declares that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. What needs to be stressed, at this juncture, is that none of the parties has sought to demonstrate that any provision of the Act is in conflict with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The point being argued is that the Act and the Charter are interrelated and that together they mandate an interpretation of “family status” which “does not discriminate against male and female homosexuals based on their sexual orientation”.¹⁵ The requirements of the Charter, it is contended, “are to be used as a rule of statutory construction”.¹⁶ More specifically, counsel argues that as sexual orientation has been held to be a non-enumerated ground of discrimination under section 15 of the Charter,¹⁷ the restriction of “family status” to partners of the opposite sex would be discriminatory in that same sex individuals would thus be denied benefits of employment that are extended to partners of the opposite sex.

¹³ Paragraph 24 of the Factum of the Intervenors Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Canadian Rights and Liberties Federation, The National Association of Women and the Law, The Canadian Disability Rights Council and the National Action Committee on the Status of Women.

¹⁴ See e.g. *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), and as considered in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 601-603.

¹⁵ *Op. cit.*, para. 29.

¹⁶ *Ibid.*, para. 31.

¹⁷ *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.), aff'd by the Court of Appeal on other grounds, May 31, 1990 (Court File A-557-89); *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.).

Finalement, il semblerait que l'argument voulant que [TRADUCTION] «les dispositions de la Charte l'emportent sur les dispositions incompatibles des lois sur les droits de la personne»¹³ soit étayé par des arrêts¹⁴. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] précise que «[la Constitution du Canada] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». Il convient toutefois de préciser, à ce moment-ci, qu'aucune partie n'a tenté de démontrer l'incompatibilité des dispositions de la Loi avec celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le point que l'on fait valoir est le suivant: la Loi et la Charte sont intimement liées et elles commandent une interprétation de l'expression «situation de famille» qui [TRADUCTION] «fasse en sorte que ni les hommes et ni les femmes homosexuels ne soient pas victimes d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle»¹⁵. Les dispositions de la Charte, soutient-on, [TRADUCTION] «doivent être utilisées comme une règle d'interprétation des lois»¹⁶. Plus précisément, l'avocat prétend que l'orientation sexuelle a été considérée comme un motif de discrimination non énuméré au sens de l'article 15 de la Charte¹⁷, que le fait de limiter l'application de l'expression «situation de famille» à des partenaires de sexe opposé serait discriminatoire puisqu'on refuserait à des partenaires du même sexe des chances d'emploi qui sont accordées à des partenaires de sexe opposé.

¹³ Paragraphe 24 du mémoire des intervenants Equality for Gays and Lesbians Everywhere, Fédération canadienne des droits et libertés, Association nationale de la femme et le droit, Conseil canadien des droits des personnes handicapées et Comité national d'action sur le statut de la femme.

¹⁴ Voir p. ex. *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), dont il est question dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux p. 601 à 603.

¹⁵ *Op. cit.*, para. 29.

¹⁶ *Ibid.*, para. 31.

¹⁷ *Veysey v. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.), confirmée par la Cour d'appel pour d'autres motifs le 31 mai 1990 (n° du greffe: A-557-89); *Brown v. B.C. (Min. of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.).

While accepting that human rights legislation should be interpreted, as much as possible, in a manner consistent with the provisions of the Charter and its interpretation, I cannot accept that the Charter should operate so as to mandate the courts to ascribe to a statutory term a meaning which it was not intended to possess. If the statutory term, construed as I think it should be construed, is thought to conflict with the provisions of the Charter then the constitutional validity of that term must be put in issue for the Charter to play a role in resolving the dispute. Having already decided that the term "family status", as it is used in the Act, does not import sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, I am unable to see how the Charter can alter the construction of that term. The absence of "sexual orientation" from the list of grounds of discrimination prohibited by subsection 3(1) of the Act as infringing a right enshrined in the Charter is not raised in this appeal, and I refrain from expressing an opinion on the matter.

HEALD J.A.: I concur.

Je reconnais que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées, dans toute la mesure possible, d'une manière qui soit conforme aux dispositions de la Charte et à l'interprétation qui lui est donnée, mais je ne puis admettre que la Charte oblige les tribunaux à attribuer à une expression employée dans une loi une signification qu'on n'avait pas l'intention de lui attribuer. Si cette expression, interprétée comme je pense qu'elle devrait l'être, est jugée incompatible avec les dispositions de la Charte, c'est alors la constitutionnalité de cette expression qui doit être contestée si l'on veut que la Charte puisse jouer un rôle dans le règlement du litige. Comme j'ai déjà conclu que l'expression «situation de famille», telle qu'elle est employée dans la Loi, ne comprend pas l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, je ne vois pas comment la Charte peut venir en modifier l'interprétation. On ne soulève pas dans le présent appel la question de savoir si le fait de ne pas avoir inclus «l'orientation sexuelle» dans les motifs de distinction illicite énumérés au paragraphe 3(1) de la Loi contrevient à un droit garanti par la Charte, et je m'abstiendrai de faire tout commentaire à ce sujet.

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