

**Canadian Human Rights
Commission** *Appellant*

v.

**Department of Secretary of State, Treasury
Board of Canada and Canadian Union of
Professional and Technical
Employees** *Respondents*

and

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Brian Mossop *Mis en cause*

and

**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** *Interveners*

and

**Focus on the Family, the Salvation Army,
REAL Women, the Evangelical Fellowship
of Canada and the Pentecostal Assemblies
of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
MOSSOP

File No.: 22145.

1992: June 3; 1993: February 25.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

**La Commission canadienne des droits de la
personne** *Appelante*

a c.

**Le Secrétariat d'État, le Conseil du Trésor
du Canada et le Syndicat canadien des
employés professionnels et
techniques** *Intimés*

et

c **Le procureur général du Canada** *Intimé*

et

d **Brian Mossop** *Mis en cause*

et

**Égalité pour les gais et les lesbiennes, la
Fédération canadienne des droits et libertés,
l'Association nationale de la femme et du
droit, le Conseil canadien des droits des
personnes handicapées et le Comité
canadien d'action sur le statut de la
femme** *Intervenants*

et

g **Focus on the Family, l'Armée du salut,
REAL Women, l'Évangélique Fellowship of
Canada et les Assemblées de la Pentecôte du
Canada** *Intervenants*

h

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
MOSSOP

N° du greffe: 22145.

1992: 3 juin; 1993: 25 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin et
Iacobucci.

j

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Civil rights — Discriminatory practice — Family status — Employee denied bereavement leave to attend funeral of father of his male companion — Collective agreement providing for leave upon death of a member of an employee's "immediate family" — "Immediate family" including common-law spouse of opposite sex — Federal legislation prohibiting discrimination on basis of "family status" — Whether denial of bereavement leave based on family status — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 10.

Judicial review — Standard of review — Curial deference toward specialized tribunals — Whether Federal Court of Appeal erred in holding that any error of law by human rights tribunal reviewable — Whether Tribunal committed such an error of law in interpreting "family status" as including a same-sex relationship — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

The complainant, a federal government employee, took a day off work to attend the funeral of the father of the man he described as his lover. The two men had known each other for over ten years and resided together in a jointly owned and maintained home. The collective agreement between Treasury Board and the complainant's union governing terms of employment provided for up to four days' leave upon the death of a member of an employee's "immediate family", a term defined as including a common-law spouse. The definition of "common-law spouse" was restricted to a person of the opposite sex. The day after the funeral the complainant applied for bereavement leave pursuant to the collective agreement, but his application was refused. The grievance he filed was rejected on the basis that the denial of his application was in accordance with the collective agreement. The complainant then filed complaints with the appellant Canadian Human Rights Commission against his employer, Treasury Board and his union.

The Human Rights Tribunal concluded that a discriminatory practice had been committed contrary to the *Canadian Human Rights Act*, which prohibited discrimination on the basis of "family status". It ordered that the day of the funeral be designated as a day of bereavement leave and that the collective agreement be amended so that the definition of common-law spouse include persons of the same sex who would meet the definition in

Libertés publiques — Acte discriminatoire — Situation de famille — Congé de deuil refusé à un employé pour assister aux funérailles du père de son compagnon — Convention collective prévoyant un congé de deuil en cas de décès d'un membre de la «proche famille» de l'employé — «Proche famille» comprend un conjoint de fait de sexe opposé — Loi fédérale interdisant la discrimination fondée sur la «situation de famille» — Le refus d'accorder le congé de deuil est-il fondé sur la situation de famille? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 10.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Retenue judiciaire envers les tribunaux spécialisés — La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que toute erreur de droit commise par un tribunal des droits de la personne est susceptible de révision? — Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a statué que l'expression «situation de famille» comprend une relation entre deux personnes de même sexe? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

Le plaignant, un employé du gouvernement fédéral, s'est absenté du travail pendant une journée pour assister aux funérailles du père de l'homme qu'il décrivait comme son amant. Les deux hommes se connaissaient depuis plus de dix ans et ils demeuraient ensemble dans une maison qu'ils possédaient et entretenaient en commun. La convention collective entre le Conseil du Trésor et le syndicat du plaignant contenait une disposition relative à un congé de deuil jusqu'à concurrence de quatre jours en cas de décès d'un membre de la «proche famille», expression définie comme incluant un conjoint de droit commun. La définition de l'expression «conjoint de droit commun» désignait seulement une personne de sexe opposé. Le lendemain des funérailles, le plaignant a demandé un congé de deuil conformément à la convention collective, mais sa demande a été rejetée. Le grief présenté a été rejeté pour le motif que le refus d'accorder le congé demandé était conforme à la convention collective. Le plaignant a ensuite déposé des plaintes auprès de l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne contre son employeur, le Conseil du Trésor et son syndicat.

Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu à l'existence d'un acte discriminatoire en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui interdit la discrimination fondée sur la «situation de famille». Il a ordonné que le jour des funérailles soit désigné comme une journée de congé de deuil et que la convention collective soit modifiée de façon que la définition de conjoint de droit commun s'applique aux per-

its other respects. The Federal Court of Appeal granted the Attorney General of Canada's application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* and set aside the Tribunal's decision. This appeal is to determine whether the Federal Court of Appeal erred in holding that any error of law by a human rights tribunal is reviewable on a s. 28 application, and in holding that the term "family status" in the *Canadian Human Rights Act* did not include a homosexual relationship. No *Charter* issues were raised in this appeal.

Held (L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The general question raised in this appeal is one of statutory interpretation and as such is a question of law over which the Federal Court of Appeal has jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act*.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ.: The denial of bereavement leave in this case was not discrimination on the basis of family status within the meaning of s. 3 of the *Canadian Human Rights Act*.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Iacobucci JJ.: The Federal Court of Appeal had the necessary jurisdiction to review the Tribunal's decision. Where the 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. The issue in this case is one of statutory interpretation, and therefore a question of law reviewable under s. 28 of the *Federal Court Act*. While the courts have shown curial deference toward certain specialized tribunals in interpreting their enabling Act, such deference will not apply to findings of law in which the tribunal has no particular expertise, such as findings of law by human rights tribunals. If need be, La Forest J.'s reasons were adopted in this regard.

The *Canadian Human Rights Act* did not prohibit discrimination on the basis of sexual orientation at the time

sonnes de même sexe respectant les autres critères de la définition. La Cour d'appel fédérale a fait droit à la demande du procureur général du Canada présentée conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et annulé la décision du Tribunal. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a statué que toute erreur de droit commise par un tribunal des droits de la personne est susceptible de révision à la suite d'une demande fondée sur l'art. 28 et que l'expression «situation de famille» figurant dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne comprend pas une relation homosexuelle. Aucune question relative à la *Charte* n'a été soulevée en l'espèce.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: La question générale posée dans le présent pourvoi touche l'interprétation des lois, et il s'agit donc d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel fédérale a compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci: Le refus de congé de deuil en l'espèce ne constituait pas un acte discriminatoire sur le fondement de la situation de famille au sens de l'art. 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Iacobucci: La Cour d'appel fédérale avait la compétence nécessaire pour réviser la décision du Tribunal. Dans les cas où la Cour a restreint l'exercice du pouvoir d'intervention des juridictions supérieures 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. Il s'agit en l'espèce d'une question d'interprétation des lois et donc d'une question de droit susceptible de révision en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Bien que les cours de justice aient fait montre de retenue judiciaire à l'égard de certains tribunaux spécialisés lorsqu'ils interprètent leur loi constitutive, elles n'ont pas à le faire relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas du champ d'expertise particulier du tribunal, comme les conclusions de droit des tribunaux des droits de la personne. Si d'autres raisons à l'appui de cette conclusion sont nécessaires, les motifs du juge La Forest à cet égard sont adoptés.

Au moment où le congé pour cause de deuil fut refusé au plaignant, la *Loi canadienne sur les droits de la per-*

the complainant was denied bereavement leave. When Parliament added the phrase "family status" to the Act in 1983 it refused at the same time to add sexual orientation to the list of prohibited grounds of discrimination. In this case, the complainant's sexual orientation is so closely connected with the grounds which led to the refusal of the benefit that this denial could not be condemned as discrimination on the basis of "family status" without indirectly introducing into the Act the prohibition which Parliament specifically decided not to include. Absent a *Charter* challenge of its constitutionality, when Parliamentary intent is clear, courts and administrative tribunals are not empowered to do anything else but to apply the law.

Per La Forest and Iacobucci JJ.: Lamer C.J.'s general approach was agreed with. With respect to the standard of review, the general question raised is one of statutory interpretation, and as such is a question of law over which the Federal Court of Appeal has jurisdiction. In the absence of provisions indicating a legislative intention to limit judicial review, such as a privative clause, the normal supervisory role of the courts remains. While the courts have also been willing to show deference to administrative tribunals for reasons of relative expertise, the superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context, and does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal, and must therefore review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not on a standard of reasonability.

With respect to the meaning to be attributed to the words "family status", while the Act should be interpreted generously with a view to effecting its purpose, neither ordinary meaning, context, nor purpose indicates a legislative intention to include same-sex couples within "family status". This is not an action under the *Charter*, where the Court may review the actions of Parliament or the government.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): While courts will intervene in the face of a jurisdictional error, or a

sonne n'interdisait pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le législateur, en ajoutant, en 1983, l'expression «*family status*» au texte anglais de la Loi, refusait au même moment d'ajouter la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à la liste des motifs de distinction illicite. En l'espèce, l'orientation sexuelle du plaignant est liée de façon si intime aux motifs qui ont conduit au refus de l'avantage, que l'on ne saurait condamner ce refus comme constituant une discrimination fondée sur la «situation de famille» sans introduire indirectement dans la Loi, l'interdiction que le législateur a spécifiquement décidé de ne pas inclure. Si sa constitutionnalité n'est pas contestée en vertu de la *Charte*, lorsque l'intention du législateur est évidente, les cours de justice et les tribunaux administratifs n'ont d'autres pouvoirs que d'appliquer la loi.

Les juges La Forest et Iacobucci: L'analyse du juge en chef Lamer est acceptée dans l'ensemble. Quant à la norme de contrôle, la question générale posée touche l'interprétation des lois et il s'agit donc d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel fédérale a compétence. En l'absence de dispositions indiquant une intention de limiter le contrôle judiciaire, comme une clause privative, les cours de justice conservent leur pouvoir habituel de surveillance. Bien que les cours de justice soient également disposées à user de retenue si le tribunal administratif a une expertise relative, l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne et ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

En ce qui concerne le sens qu'il faut donner à l'expression «situation de famille», bien que la Loi doive recevoir une interprétation large qui tend à la réalisation de son objet, ni le sens ordinaire, ni le contexte, ni l'objet n'indiquent que le législateur avait l'intention d'inclure les couples de même sexe dans l'expression «situation de famille». Il ne s'agit pas d'une action fondée sur la *Charte*, dans le cadre de laquelle la Cour peut examiner les actes du législateur ou du gouvernement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les cours de justice réviseront la décision d'un tribunal administratif

patently unreasonable error of fact or law, they should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals. The best approach to determining the appropriate standard of review in a specific case is one which recognizes the need for flexibility. The pragmatic and functional approach articulated by the Court in *Bibeault* provides the proper framework. It must be asked whether the legislator intended the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal. If so, the role of the courts is a superintending one, and intervention will be warranted only where the decision is patently unreasonable. This approach requires a focus on jurisdiction which accounts for the general values of deference, and the ease with which questions can be improperly branded as jurisdictional. Though it was first used in the context of a board protected by a privative clause, it is a principled approach of general application which does not focus on formal categories, but rather seeks to determine the rationale behind deference in a specific context. The Court will examine not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. If, after the various factors are considered, it is concluded that courts should answer the question, then the question is one which does not lie within the board's jurisdiction and the test of correctness should apply. If it is concluded that the question should be answered by the board, then the question is one within the board's jurisdiction and courts should only intervene if the decision is patently unreasonable.

There is nothing in s. 28 of the *Federal Court Act* that dictates review of every error of law. Review is a discretionary remedy. Given the rationale for deference and the importance of the court's supervisory power, an error should be a serious one to merit a court's intervention.

The Tribunal has the jurisdiction to determine questions of fact, and courts should defer to these findings unless they are patently unreasonable. The Tribunal also has jurisdiction to interpret its Act and, consequently,

si celui-ci a commis une erreur de compétence ou une erreur de fait ou de droit manifestement déraisonnable, mais elles devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés. La meilleure façon de déterminer la norme de contrôle appropriée dans un cas donné est de reconnaître qu'il est nécessaire de faire preuve de souplesse. L'analyse pragmatique et fonctionnelle préconisée par notre Cour dans l'arrêt *Bibeault* est la formule toute désignée. Il faut se demander si le législateur a voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal. Dans l'affirmative, la cour de justice aura un rôle de surveillance seulement, et elle n'interviendra que dans le cas où la décision rendue est manifestement déraisonnable. Cette analyse exige que l'accent soit mis sur la compétence, accent qui tient compte de la valeur que représente la retenue judiciaire ainsi que de la facilité avec laquelle une question peut être incorrectement qualifiée de question de compétence. Bien qu'elle ait tout d'abord été utilisée dans le contexte d'un tribunal protégé par une clause privative, cette analyse repose sur des principes d'application générale et ne met pas l'accent sur des catégories formelles, cherchant plutôt à reconnaître la raison d'être de la retenue judiciaire dans un contexte donné. La Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal. Après examen des divers facteurs, si l'on conclut qu'elle devrait être tranchée par une cour de justice, la question ne relève pas de la compétence de l'organisme administratif et c'est le critère de la justesse de la décision qui devrait s'appliquer. Au contraire, si l'on conclut qu'elle doit être tranchée par l'organisme administratif, la question relève de la compétence de cet organisme et une cour de justice ne devrait intervenir que dans le cas où la décision rendue est manifestement déraisonnable.

L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'a pas pour effet d'exiger un contrôle judiciaire relativement à toute erreur de droit. Le contrôle judiciaire est un remède discrétionnaire. Vu la raison d'être de la retenue judiciaire et l'importance du pouvoir de surveillance des cours de justice, seule une erreur grave justifiera leur intervention.

Le Tribunal a la compétence voulue pour trancher des questions de fait et les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard de ces décisions, sauf si elles sont manifestement déraisonnables. Il a aussi la

the meaning of the term "family status" in s. 3 of the *Canadian Human Rights Act*. Courts should defer to the Tribunal's interpretation since the legislature specifically intended that the Commission and its tribunals should carry out the task of interpreting the grounds of discrimination in the Act. While courts do have a role to play in this task, that role is a limited one, confined to overturning an interpretation which is patently unreasonable.

It is well established that human rights legislation has a unique quasi-constitutional nature, and that it is to be given a large, purposive and liberal interpretation. The purpose of the Act, set out in s. 2, is to ensure that people have an equal opportunity to make for themselves the life that they are able and wish to have without being hindered by discriminatory practices. The social cost of discrimination is insupportably high, and these insidious practices are damaging not only to the individuals who suffer the discrimination, but also to the very fabric of our society.

Even if one were to take a textual approach to the interpretation of s. 3 of the Act, it would not be necessary to construe "family status" as including only those families which have recognizable status at law. The term "status" may also indicate more factual matters of rank, social position, or relation to others. When the meaning of the French version of the term, "situation de famille", is considered, it is apparent that the scope of "family status" has potential to be very broad.

Parliament's decision to leave "family status" undefined is evidence of clear legislative intent that the term's meaning should be left for the Commission and its tribunals to define. Even if Parliament had in mind a specific idea of the scope of "family status", there is no definition in the Act which embodies this scope. Concepts of equality and liberty which appear in human rights documents are not bounded by the precise understanding of those who drafted them. The enumerated grounds of discrimination must be examined in the context of contemporary values, not in a vacuum. Their meaning is not frozen in time and the scope of each ground may evolve. Textual context should not detract from the purposive approach mandated by human rights documents, and legislative intent is best inferred from

compétence voulue pour interpréter sa loi constitutive, et, partant, l'expression «situation de famille» qui figure à l'art. 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard de l'interprétation du Tribunal puisque le législateur avait spécifiquement l'intention de confier à la Commission et à ses tribunaux l'interprétation des motifs de distinction prévus dans la Loi. Les cours de justice ont un rôle à jouer, mais il est limité, et elles devraient intervenir seulement si l'interprétation donnée est manifestement déraisonnable.

Il est bien établi que les lois sur les droits de la personne ont une nature quasi constitutionnelle unique et qu'elles doivent être interprétées d'une façon large, libérale et en fonction de leur objet. L'objet de la Loi, mentionné à l'art. 2, est de consacrer le droit de tous les individus à l'égalité des chances d'organiser leur vie de la façon qu'ils l'entendent et selon leurs possibilités sans être victimes d'actes discriminatoires. Le coût social de la discrimination est insupportablement élevé et ces pratiques insidieuses sont préjudiciables non seulement aux personnes qui en sont victimes, mais aussi à la structure même de notre société.

Même si on adoptait une analyse fondée sur le texte pour interpréter l'art. 3 de la Loi, il ne serait pas nécessaire d'interpréter l'expression «situation de famille» de façon que cette expression comprenne seulement les familles qui ont un statut juridique reconnu. Le terme «*status*» dans le texte anglais peut aussi désigner sur le plan factuel le rang, la situation sociale ou une relation avec d'autres. En examinant le sens du terme français «situation de famille», on se rend facilement compte que l'expression «*family status*» peut avoir un sens très large.

La décision de ne pas définir l'expression en question est une preuve que le législateur avait clairement l'intention de laisser à la Commission et à ses tribunaux le soin de la définir. Même si le législateur avait à l'esprit une idée spécifique de la portée de l'expression «situation de famille», il n'existe pas de définition précise de cette portée dans la Loi. Les notions d'égalité et de liberté que l'on retrouve dans les documents sur les droits de la personne ne sont pas restreintes par la conception précise qu'en avaient leurs auteurs. Les motifs de distinction illicite énumérés doivent être examinés dans le contexte des valeurs contemporaines, et non dans l'absolu. Leur sens n'est pas établi une fois pour toutes et la portée de chacun peut évoluer. L'analyse du texte ne devrait pas s'écarter de l'analyse fondée sur l'objet qui

the legislation itself. The Tribunal cannot be reproached for having applied recognized principles of interpretation of human rights legislation, in light of the particular purpose of its Act.

The Tribunal's interpretation of "family status" in s. 3 of the Act is not patently unreasonable. The traditional conception of family is not the only conception. The multiplicity of definitions and approaches illustrates clearly that there is no consensus as to the boundaries of family, and that "family status" may have varied meanings depending on the context or purpose for which the definition is desired. This same diversity in definition is found in Canadian legislation affecting the "family"; the law has evolved and continues to evolve to recognize an increasingly broad range of relationships. The family is not merely a creation of law, and while law may affect the ways in which families behave or structure themselves, the changing nature of family relationships also has an impact on the law. It is clear that many Canadians do not live within traditional families. In defining the scope of the protection for "family status", the Tribunal thought it essential not only to look at families in the traditional sense, but also to consider the values that lie at the base of our support for families. It found that these values are not exclusive to the traditional family and can be advanced in other types of families. On the evidence before it and in the context of the Act, the Tribunal concluded that the potential scope of the term "family status" is broad enough that it does not *prima facie* exclude same-sex couples. In making this finding, the Tribunal used the proper interpretational approach, considered the purpose of the Act and the values at the base of the protection of families. This is a matter that lay at the heart of the Tribunal's specialized jurisdiction and expertise, and it cannot be said that this conclusion is at all unreasonable, *a fortiori* patently unreasonable. Using a functional approach, the Tribunal concluded that the specific relationship before it was one which, on the evidence, could come within the scope of "family status". Since this conclusion is far from being patently unreasonable, it must be left undisturbed.

doit guider l'interprétation des documents sur les droits de la personne; c'est à partir de la loi même qu'il est le plus facile de dégager l'intention du législateur. On ne peut reprocher au Tribunal d'avoir appliqué des principes reconnus d'interprétation en matière de droits de la personne, compte tenu de l'objet particulier de la Loi.

L'interprétation que le Tribunal a donnée à l'expression «situation de famille» mentionnée à l'art. 3 de la Loi n'est pas manifestement déraisonnable. La conception traditionnelle de la famille n'est pas la seule qui existe. La multiplicité des définitions et des conceptions de la famille illustre clairement qu'il n'existe pas de consensus quant aux paramètres de la famille et que l'expression «situation de famille» pourrait bien avoir plusieurs sens, selon le contexte ou l'objet du texte dans lequel on veut utiliser la définition. On peut également constater cette diversité lorsque l'on examine les lois canadiennes portant sur la «famille». Le droit en la matière a évolué et continue d'évoluer vers la reconnaissance d'un éventail de plus en plus large de relations. La famille n'est pas simplement une création juridique, et, bien que la loi puisse influencer sur son comportement ou sa structure, l'évolution des relations familiales a aussi une incidence sur le droit. Il est évident qu'un grand nombre de Canadiens ne vivent pas au sein de familles traditionnelles. Pour définir l'étendue de la protection contre la discrimination fondée sur la «situation de famille», le Tribunal a jugé essentiel d'examiner non seulement le modèle traditionnel de la famille, mais aussi les valeurs qui sous-tendent l'appui que nous donnons à la famille. Il a conclu que ces valeurs n'étaient pas propres à la famille traditionnelle et qu'elles peuvent exister à l'intérieur d'autres types de familles. Selon la preuve dont il disposait et dans le contexte de la Loi, le Tribunal a conclu que le sens possible de l'expression «situation de famille» est suffisamment large pour ne pas exclure à première vue les couples de même sexe. Pour arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur la méthode d'interprétation applicable et a examiné l'objet de la Loi ainsi que les valeurs qui sous-tendent la protection des familles. C'est une question qui touche directement la compétence spécialisée et l'expertise du Tribunal; on ne saurait affirmer que cette conclusion est le moins déraisonnable, à plus forte raison manifestement déraisonnable. Utilisant une analyse fonctionnelle, le Tribunal a conclu que, d'après la preuve, la relation en question pouvait être visée par l'expression «situation de famille». Cette conclusion est loin d'être manifestement déraisonnable et elle ne devrait donc pas être modifiée.

The collective agreement restricted the bereavement leave to "immediate family", the definition of which clearly included some familial relationships while excluding others, in particular employees in permanent and public relationships with persons of the same sex. The Tribunal found that, given the complainant's factual situation and the purpose of the bereavement leave, the complainant had been denied an employment opportunity on the basis of the prohibited ground of "family status". While sexual orientation may appear to be the ground of discrimination, the central focus is "family status". The complainant was denied leave because the relationship he had with his companion was not recognized as a family relationship. The Tribunal, acting within its jurisdiction, identified the complainant's claim as one of discrimination on the basis of "family status". Based on the purpose of the Act, the purpose of the benefit, and all the evidence before it, it was perfectly reasonable for the Tribunal to conclude that the collective agreement violated s. 10(b) of the Act, a conclusion with which the Court has no reason to interfere.

Per Cory J. (dissenting): La Forest J.'s reasons were agreed with in so far as they pertain to the duty of the courts to review and the standard of review that should be applied to the decisions of human rights tribunals. The absence of any privative clause in the *Canadian Human Rights Act* is one of the factors that may be taken into account in determining the deference that should be accorded the decision of a tribunal acting pursuant to that Act and the extent of the supervisory role the court should exercise in reviewing such a decision. Based on the factors discussed by L'Heureux-Dubé J., however, the Tribunal was correct in determining that the term "family status" was sufficiently broad to include same-sex couples living together in a long-term relationship and that the complainant and his companion came within the scope of this term.

Per McLachlin J. (dissenting): La Forest J.'s reasons on the standard of review which courts should apply to human rights tribunals were agreed with. Applying this standard, and on the basis of the factors reviewed by L'Heureux-Dubé J., the Tribunal was correct in concluding that the relationship between the complainant

La convention collective limite le congé de deuil au décès d'un membre de la proche famille; de toute évidence, la définition de l'expression «proche famille» dans la convention collective inclut certaines relations familiales et en exclut d'autres. Elle exclut notamment un employé vivant une relation permanente et publique avec une personne de même sexe. Le Tribunal a conclu que, compte tenu des faits se rapportant au plaignant et de l'objet du congé de deuil, ce dernier a été privé d'une chance d'emploi pour un motif de distinction illicite, savoir la «situation de famille». Bien que l'orientation sexuelle puisse sembler en cause, l'élément central est la «situation de famille». On a refusé au plaignant le congé de deuil parce que la relation qu'il avait avec son compagnon n'était pas reconnue comme une relation familiale. Le Tribunal, agissant dans son domaine de compétence, a affirmé que le plaignant avait été victime de discrimination pour un motif fondé sur sa «situation de famille». Compte tenu de l'objet de la Loi, de l'objet de l'avantage et de toute la preuve présentée, il était parfaitement raisonnable que le Tribunal conclue que la convention collective contrevenait à l'al. 10b) de la Loi, conclusion à l'encontre de laquelle notre Cour ne serait aucunement justifiée d'intervenir.

Le juge Cory (dissident): Les motifs du juge La Forest sont acceptés dans la mesure où ils portent sur la fonction de contrôle des cours de justice et sur la norme de contrôle à appliquer aux décisions de tribunaux des droits de la personne. L'absence de clause privative dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est un des facteurs qui peuvent être pris en considération pour déterminer la retenue judiciaire dont il y a lieu de faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal agissant en vertu de la Loi ainsi que le degré de surveillance que la cour de justice devrait exercer en révisant une telle décision. Cependant, selon les facteurs examinés dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé, le tribunal a eu raison quand il a déterminé que l'expression «situation de famille» était suffisamment large pour englober les couples de même sexe qui vivent ensemble dans une relation de longue durée et que le plaignant et son compagnon étaient visés par cette expression.

Le juge McLachlin (dissidente): L'opinion du juge La Forest sur la norme de contrôle que les cours de justice devraient appliquer à l'égard des tribunaux des droits de la personne est acceptée. Selon cette norme et compte tenu des facteurs exposés par le juge L'Heureux-Dubé, le Tribunal a eu raison de conclure

and his companion falls within the term "family status" under the Act.

que la relation entre le plaignant et son compagnon entre dans le champ d'application de l'expression «situation de famille» au sens de la Loi.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipe-fitting Industry, Local 740, [1990] 3 S.C.R. 644; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596; *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564, rev'g (1985), 65 B.C.L.R. 145 (C.A.); *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's*

a Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495.

d Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, [1990] 3 R.C.S. 644; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596; *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 R.C.S. 564, inf. (1985), 65 B.C.L.R. 145 (C.A.); *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Crevier c.*

Association, [1983] 1 S.C.R. 245; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams*, [1982] 1 F.C. 214; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Re Blainey and Ontario Hockey Association (1986)*, 26 D.L.R. (4th) 728; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053; *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32; *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Schaap v. Canadian Armed Forces*, [1989] 3 F.C. 172; *Braschi v. Stahl Associates Co.*, 74 N.Y.2d 201 (1989); *Haig v. Canada (1992)*, 9 O.R. (3d) 495; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3(1), 7(b), 9(1)(c), 10(b), 27, 49, 55, 56.

Procureur général du Québec, [1981] 2 R.C.S. 220; *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Williams*, [1982] 1 C.F. 214; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Re Blainey and Ontario Hockey Association (1986)*, 26 D.L.R. (4th) 728; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32; *London Graving Dock Co. c. Horton*, [1951] A.C. 737; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Schaap c. Forces armées canadiennes*, [1989] 3 C.F. 172; *Braschi c. Stahl Associates Co.*, 74 N.Y.2d 201 (1989); *Haig c. Canada (1992)*, 9 O.R. (3d) 495; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 485(1).
Contributory Negligence Act, R.S.A. 1980, ch. C-23.

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 [am. 1980-81-82-83, c. 143], ss. 2, 3(1), 7(b), 9(1)(c)(ii), 10(b), 39.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Contributory Negligence Act, R.S.A. 1980, c. C-23.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 485(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(l)(ii).

Authors Cited

Bartlett, Katharine T. "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 879.
 Bryden, Philip L. "Case Comment: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 580.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issues Nos. 114 (December 20, 1982) and 115 (December 21, 1982).
 Canada. Statistics Canada. Housing, Family and Social Statistics Division, Target Groups Project. *Women in Canada: A Statistical Report*, 2nd ed. Ottawa: Statistics Canada, 1990.
 Chesler, Phyllis. *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody*. New York: McGraw-Hill Book, 1986.
 Comments, "Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution" (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 193.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 1990, "status".
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
 Diamond, Irene, ed. *Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State*. New York: Longman, 1983.
 D'Silva, Alan L. W. "Giving Effect to Human Rights Legislation — A Purposive Approach" (1991), 3 *Windsor Rev. L. & S. Issues* 45.
 Duclos, Nitya. "Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases" (1992), *Proceedings: Conference on Women and the Canadian State* (McGill-Queen's).
 Dumas, Jean, and Yves Péron. *Marriage and Conjugal Life in Canada: Current Demographic Analysis*. Ottawa: Statistics Canada, 1992.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3(1), 7b), 9(1)c), 10b), 27, 49, 55, 56.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33 [mod. 1980-81-82-83, ch. 143], art. 2, 3(1), 7b), 9(1)c)(ii), 10b), 39.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)l)(ii).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

Doctrine citée

Bartlett, Katharine T. «Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 879.
 Bryden, Philip L. «Case Comment: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*» (1992), 71 *R. du B. can.* 580.
 Canada. Chambre des Communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fascicules nos 114 (20 décembre 1982) et 115 (21 décembre 1982).
 Canada. Statistique Canada. Division de la statistique sociale, du logement et des familles, Projet des groupes cibles. *Portrait statistique des femmes au Canada*, 2^e éd. Ottawa: Statistique Canada, 1990.
 Chesler, Phyllis. *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody*. New York: McGraw-Hill Book, 1986.
 Comments, «Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution» (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 193.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 1990, «status».
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
 Diamond, Irene, ed. *Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State*. New York: Longman, 1983.
 D'Silva, Alan L. W. «Giving Effect to Human Rights Legislation — A Purposive Approach» (1991), 3 *Windsor Rev. L. & S. Issues* 45.
 Duclos, Nitya. «Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases» (1992), *Proceedings: Conference on Women and the Canadian State* (McGill-Queen's).
 Dumas, Jean, et Yves Péron. *Mariage et vie conjugale au Canada: La conjoncture démographique*. Ottawa: Statistique Canada, 1992.

- Eichler, Margrit. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*, 2nd ed. Toronto: Gage, 1988.
- Evans, J. M. "Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism" (1991), 48 *Admin. L.R.* 255. a
- Franklin, Kris. "«A Family Like Any Other Family:» Alternative Methods of Defining Family in Law" (1990-1991), 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 1027.
- Golombok, Susan, Ann Spencer and Michael Rutter. "Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal" (1983), 24 *J. Child Psychol. Psychiat.* 551. b
- Gomez, Jewelle. "Repeat After Me: We Are Different. We Are the Same." (1986), 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 935. c
- Grey, Julius H. "Sections 96 to 100: A Defense" (1985), 1 *Admin. L.J.* 3.
- Herek, Gregory M. "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 *Law & Sexuality* 133. d
- Herman, Didi. "Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 789.
- Langille, Brian A. "Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility" (1986), 17 *R.G.D.* 169. e
- Larson, Jane E. "Discussion" (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012.
- Law, Sylvia A. "Homosexuality and the Social Meaning of Gender", [1988] *Wis. L. Rev.* 187. f
- Lewis, Claudia A. "From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage" (1988), 97 *Yale L.J.* 1783.
- Lorde, Audre. "Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference". In *Sister Outsider*. Freedom, Calif.: Crossing Press, 1984, 114. g
- MacLauchlan, H. Wade. "Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?" (1986), 36 *U.T.L.J.* 343.
- Mendola, Mary. *The Mendola Report: A New Look at Gay Couples*. New York: Crown, 1980. h
- Michel, Harriet R. "The Case for the Black Family" (1987), 4 *Harv. BlackLetter J.* 21.
- Mullan, David J. "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review" (1991), 45 *Admin. L.R.* 264. i
- Mullan, David J. "The Re-Emergence of Jurisdictional Error" (1985), 14 *Admin. L.R.* 326.
- Note, "Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of Family" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1640. j
- Eichler, Margrit. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*, 2nd ed. Toronto: Gage, 1988.
- Evans, J. M. «Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism» (1991), 48 *Admin. L.R.* 255.
- Franklin, Kris. ««A Family Like Any Other Family:» Alternative Methods of Defining Family in Law» (1990-1991), 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 1027.
- Golombok, Susan, Ann Spencer and Michael Rutter. «Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal» (1983), 24 *J. Child Psychol. Psychiat.* 551.
- Gomez, Jewelle. «Repeat After Me: We Are Different. We Are the Same.» (1986), 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 935.
- Grey, Julius H. «Sections 96 to 100: A Defense» (1985), 1 *Admin. L.J.* 3.
- Herek, Gregory M. «Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research» (1991), 1 *Law & Sexuality* 133.
- Herman, Didi. «Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation» (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 789.
- Langille, Brian A. «Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility» (1986), 17 *R.G.D.* 169.
- Larson, Jane E. «Discussion» (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012.
- Law, Sylvia A. «Homosexuality and the Social Meaning of Gender», [1988] *Wis. L. Rev.* 187.
- Lewis, Claudia A. «From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage» (1988), 97 *Yale L.J.* 1783.
- Lorde, Audre. «Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference». In *Sister Outsider*. Freedom, Calif.: Crossing Press, 1984, 114.
- MacLauchlan, H. Wade. «Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?» (1986), 36 *U.T.L.J.* 343.
- Mendola, Mary. *The Mendola Report: A New Look at Gay Couples*. New York: Crown, 1980.
- Michel, Harriet R. «The Case for the Black Family» (1987), 4 *Harv. Blackletter J.* 21.
- Mullan, David J. «Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review» (1991), 45 *Admin. L.R.* 264.
- Mullan, David J. «The Re-Emergence of Jurisdictional Error» (1985), 14 *Admin. L.R.* 326.
- Note, «Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of Family» (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1640.

- Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1990, "situation".*
- Rich, Adrienne. "Husband-Right and Father-Right". In *On Lies, Secrets, and Silence*. New York: Norton, 1979.
- Roman, Andrew J. "The Pendulum Swings Back" (1991), 48 *Admin. L.R.* 274.
- Ryder, Bruce. "Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 39.
- Stack, Carol B. *All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community*. New York: Harper & Row, 1974.
- Stuart, Meryn E. "An Analysis of the Concept of Family". In Ann L. Whall and Jacqueline Fawcett, eds., *Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art*. Philadelphia: F. A. Davis, 1991, 31.
- Terkelsen, Kenneth G. "Toward a Theory of the Family Life Cycle". In Elizabeth A. Carter and Monica McGoldrick, eds. *The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy*. New York: Gardner Press, 1980, 21.
- Veevers, Jean E. *The Family in Canada*, Ottawa: Statistics Canada, 1977.
- Weiler, Paul C. "The 'Slippery Slope' of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970" (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Williams, Patricia J. *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Wright, Lorraine M., and Maureen Leahey. *Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention*, 2nd ed. Philadelphia: F. A. Davis (forthcoming).
- Zimmer, Lisa R. "Family, Marriage, and the Same-Sex Couple" (1990), 12 *Cardozo L. Rev.* 681.
- Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1990, «situation».*
- Rich, Adrienne. «Husband-Right and Father-Right». In *On Lies, Secrets, and Silence*. New York: Norton, 1979.
- Roman, Andrew J. «The Pendulum Swings Back» (1991), 48 *Admin. L.R.* 274.
- Ryder, Bruce. «Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege» (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 39.
- Stack, Carol B. *All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community*. New York: Harper & Row, 1974.
- Stuart, Meryn E. «An Analysis of the Concept of Family». In Ann L. Whall and Jacqueline Fawcett, eds., *Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art*. Philadelphia: F. A. Davis, 1991, 31.
- Terkelsen, Kenneth G. «Toward a Theory of the Family Life Cycle». In Elizabeth A. Carter and Monica McGoldrick, eds. *The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy*. New York: Gardner Press, 1980, 21.
- Veevers, Jean E. *La famille au Canada*, Ottawa: Statistique Canada, 1977.
- Weiler, Paul C. «The 'Slippery Slope' of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970» (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Williams, Patricia J. *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Wright, Lorraine M., and Maureen Leahey. *Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention*, 2nd ed. Philadelphia: F. A. Davis (forthcoming).
- Zimmer, Lisa R. «Family, Marriage, and the Same-Sex Couple» (1990), 12 *Cardozo L. Rev.* 681.

g

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355, setting aside a decision of a Human Rights Tribunal (1989), 10 C.H.R.R. D/6064, upholding a complaint of discrimination. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

i

René Duval and William Pentney, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355, qui a annulé une décision d'un tribunal des droits de la personne (1989), 10 C.H.R.R. D/6064, qui avait fait droit à une plainte de discrimination. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

René Duval et William Pentney, pour l'appelant.

Barbara A. McIsaac, Q.C., and Lisa Hitch, for the respondents the Attorney General of Canada, the Department of Secretary of State and Treasury Board of Canada.

Gwen Brodsky, for the interveners 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. I. C. Binnie, Q.C., and Jenney P. Stephenson, for the interveners Focus on the Family, the Salvation Army, REAL Women, the Evangelical Fellowship of Canada and the Pentecostal Assemblies of Canada.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka and Iacobucci JJ. was delivered by

LAMER C.J.—

I — Facts

In June 1985, the complainant Brian Mossop was employed in Toronto as a translator for the Department of the Secretary of State. On June 3, 1985, Mossop attended the funeral of the father of the man whom Mossop described as his lover. Mossop testified that the two men have known each other since 1974, and have resided together since 1976 in a jointly owned and maintained home. They share the day-to-day developments in their lives and maintain a sexual relationship. Each has made the other the beneficiary of his will. They are known to their friends and families as lovers.

At the time, Mossop's terms of employment were governed by a collective agreement between the Treasury Board and the Canadian Union of Professional and Technical Employees ("CUPTÉ"). 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". This term was defined as:

Barbara A. McIsaac, c.r., et Lisa Hitch, pour les intimés le procureur général du Canada, le Secrétaire d'État et le Conseil du Trésor du Canada.

Gwen Brodsky, pour les intervenants Égalité pour les gais et les lesbiennes, la Fédération canadienne des droits et libertés, l'Association nationale de la femme et du droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme.

W. I. C. Binnie, c.r., et Jenney P. Stephenson, pour les intervenants Focus on the Family, l'Armée du salut, REAL Women, l'Evangelical Fellowship of Canada et les Assemblées de la Pentecôte du Canada.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—

e I — Les faits

En juin 1985, le plaignant, M. Brian Mossop, travaillait à Toronto à titre de traducteur pour le Secrétariat d'État. Le 3 juin 1985, M. Mossop a assisté aux funérailles du père de l'homme qu'il décrivait comme son amant. Il a témoigné que les deux hommes se connaissent depuis 1974 et qu'ils vivent ensemble depuis 1976 dans une maison qu'ils possèdent et entretiennent en commun. Ils partagent les faits et événements de la vie quotidienne et entretiennent une liaison. Chacun a institué l'autre son héritier. Ils sont considérés par leurs amis et leurs familles comme étant des amants.

À l'époque, les conditions d'emploi de M. Mossop étaient régies par une convention collective entre le Conseil du Trésor et le Syndicat canadien des employés professionnels et techniques (le «SCEPT»). L'article 19.02 de cette convention contenait une disposition relative à un congé de deuil jusqu'à concurrence de quatre jours en cas de décès d'un membre de la «proche famille» de l'employé. Cette expression était définie ainsi:

... 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 art. 2.01(s), it was provided that:

(s) 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 for bereavement leave pursuant to art. 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.

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 appellant, the Canadian Human Rights Commission. There he laid complaints against his employer, the Department of the Secretary of State (to which was later added the Treasury Board), and his union, CUPTE. The complaints invoked ss. 7(b), 9(1)(c) and 10(b) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33, as amended) ("the *CHRA*").

The Canadian Human Rights Tribunal concluded that the Treasury Board and CUPTE did commit a discriminatory practice under s. 10(b) of the *CHRA*: (1989), 10 C.H.R.R. D/6064. The Tribunal 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 Mossop \$250 in respect of feelings and self-respect, that Treasury Board and CUPTE cease to apply arts. 19.02 and 2.01(s) of the collective agreement in so far as they do not

... 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, on prévoyait à l'al. 2.01s) que:

s) 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 de 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 funérailles, M. Mossop a demandé le congé de deuil prévu à l'art. 19.02 de la convention collective. Sa demande a été rejetée, et il a décliné l'offre de congé spécial d'une journée qu'on lui a faite à la place.

Son grief, présenté avec l'approbation de son syndicat qui l'a également représenté, ayant été rejeté pour le motif que le refus d'accorder le congé demandé était conforme à la convention collective, M. Mossop s'est adressé à l'appelante, la Commission canadienne des droits de la personne. Il a déposé des plaintes contre son employeur, le Secrétariat d'État (auquel est venu s'ajouter le Conseil du Trésor), et son syndicat, le SCEPT. Il a invoqué les al. 7b), 9(1)c) et 10b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée) («la *LCDP*»).

Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que le Conseil du Trésor et le SCEPT avaient effectivement agi de façon discriminatoire selon l'al. 10b) *LCDP*: (1989), 10 C.H.R.R. D/6064. Il a 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 à M. Mossop la somme de 250 \$ pour atteinte à ses sentiments et à son amour-propre, que le Conseil du Trésor et le SCEPT cessent d'appliquer

allow bereavement leave in situations where a person of the same sex as the employee covered by the collective agreement would otherwise meet the definition of "common law spouse", except for the sex of that person, and that the collective agreement be amended so that the definition of common-law spouse include persons of the same sex who would meet the definition in its other respects.

By originating notice, the Attorney General of Canada made an application to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to review and set aside the decision of the Canadian Human Rights Tribunal. The Federal Court of Appeal allowed the s. 28 application and the decision of the Tribunal was set aside: [1991] 1 F.C. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355.

II — Relevant Statutory Provisions

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

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.

N.B. "Family status" was added as a prohibited ground of discrimination to the *CHRA* by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2, and the relevant provisions came into force on July 1, 1983.

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.

l'art. 19.02 et l'al. 2.01s) de la convention dans la mesure où ceux-ci ne permettent pas de congé de deuil dans des situations où une personne de même sexe que l'employé visé par la convention collective serait, n'eût été son sexe, normalement visée par la définition de «conjoint de droit commun», et que la convention collective soit modifiée de façon que la définition de conjoint de droit commun s'applique aux personnes de même sexe respectant les autres critères de la définition.

Le procureur général du Canada, par requête introductive d'instance, a présenté à la Cour d'appel fédérale une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, en vue de la révision et de l'annulation de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande fondée sur l'art. 28, et a annulé la décision du Tribunal: [1991] 1 C.F. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355.

II — Les dispositions législatives pertinentes

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

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

N. B.: Les termes «état matrimonial» et «family status» ont été ajoutés à la *LCDP* comme motifs de distinction illicite par S.C. 1980-81-82-83, ch. 143, art. 2, et les dispositions pertinentes sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1983.

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

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 deprive the individual of employment opportunities, or 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.

III — Judgments

Canadian Human Rights Tribunal (1989), 10 C.H.R.R. D/6064

The Tribunal identified the fundamental question as being whether the denial of bereavement leave in accordance with the collective agreement was based on family status, the prohibited ground of discrimination cited by Mossop. Relying on decisions from this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, *Canadian National Railway Co. v. Canada* (*Canadian Human Rights Commission*), [1987] 1 S.C.R. 1114, and *Robichaud v. Canada* (*Treasury Board*), [1987] 2 S.C.R. 84, the Tribunal noted that the interpretation of the term “family status” as used in the CHRA must be governed by the principles of inter-

9. (1) Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour une organisation syndicale:

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’organisation, des restrictions, des différences ou des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles soit de le priver de ses chances d’emploi ou d’avancement, soit de limiter ses chances d’emploi ou d’avancement, ou, d’une façon générale, de nuire à sa situation.

10. Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite et s’il est susceptible d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus, le fait, pour l’employeur, l’association patronale ou l’organisation syndicale:

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.

III — Les jugements

Tribunal canadien des droits de la personne (1989), 10 C.H.R.R. D/6064

Pour le Tribunal, la question fondamentale était de savoir si le refus d’accorder le congé de deuil en conformité avec la convention collective était fondé sur la situation de famille, soit le motif de distinction illicite invoqué par M. Mossop. En s’appuyant sur les arrêts de notre Cour *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada* (*Commission canadienne des droits de la personne*), [1987] 1 R.C.S. 1114, et *Robichaud c. Canada* (*Conseil du Trésor*), [1987] 2 R.C.S. 84, le Tribunal a fait remarquer que l’interprétation de l’ex-

pretation of human rights codes in general, and the *CHRA* in particular. The Tribunal further noted that these principles of interpretation are expressed in broad terms.

According to the Tribunal, the Supreme Court of Canada is taking the same purposive approach used in the interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the interpretation of human rights codes due to their special nature. The Tribunal noted that these cases did not involve the interpretation of a prohibited ground of discrimination. In this respect the Tribunal stated at p. D/6090:

In the view of the Tribunal, the Court has not suggested in its decisions that these principles of interpretation might vary according to the type of interpretive problem raised. In fact, the reliance placed by the Court on advancing and effecting the broad purposes of the *Act* suggests that the Court has enunciated a truly general principle of interpretation.

The Tribunal declared that the term “family status” as used in the *CHRA* is not clear and unambiguous. In seeking to solve this problem of interpretation, the question for the Tribunal “is not what is the reasonable meaning, but what is a reasonable meaning, which best accords with the *Act*” (emphasis in original) (p. D/6094). In concluding that homosexual couples may constitute a family, the Tribunal stated (at p. D/6094):

The Tribunal, giving the term “family status” a reasonable meaning which is neither the narrowest meaning of the term nor a minimizing of rights under the *Act*, holds that, *prima facie*, homosexuals in a relationship are not excluded from relying on that prohibited ground of discrimination.

“Reasonable” is a term that is notoriously difficult of interpretation, and “reasonability” is impossible of measurement. The dictionary approach itself reflects the nub of the problem, that is, that families can be defined by considering certain formal relationships as well as by

pression «situation de famille» que l’on retrouve dans la *LCDP* doit reposer sur les principes d’interprétation des codes des droits de la personne, en général, et de la *LCDP*, en particulier. Il a également dit que ces principes d’interprétation sont formulés en termes généraux.

Selon le Tribunal, la Cour suprême du Canada adopte, pour l’interprétation des codes des droits de la personne en raison de leur nature spéciale, la même analyse fondée sur l’objet utilisée pour l’interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le Tribunal a constaté que ces affaires ne portaient pas sur l’interprétation d’un motif de distinction illicite. À cet égard, il dit à la p. D/6090:

Selon l’avis du tribunal, la Cour suprême n’a pas laissé entendre dans ses décisions que tels principes d’interprétation pourraient varier selon le type de problème d’interprétation en cause. Effectivement, la confiance manifestée par la Cour suprême en énonçant et en réalisant les principaux objets de la *Loi* laisse croire que la Cour a énoncé un principe d’interprétation à caractère véritablement général.

Le Tribunal a déclaré que l’expression «situation de famille» utilisée dans la *LCDP* n’est pas claire. Lorsqu’il cherche à résoudre ce problème d’interprétation, la question que doit trancher le Tribunal «n’est pas de déterminer quelle est la signification raisonnable, mais plutôt quelle est une signification raisonnable, qui s’harmonise de la meilleure façon possible avec la *Loi*» (en italique dans l’original) (à la p. D/6094). En concluant que les couples homosexuels peuvent constituer une famille, il ajoute, à la p. D/6094:

Le Tribunal, en donnant à l’expression «situation de famille» une signification raisonnable, laquelle n’est ni la plus étroite signification de l’expression, ni une limitation des droits accordés par la *Loi*, est d’avis qu’à première vue on ne saurait empêcher les homosexuels ayant une relation d’invoquer ce motif de distinction illicite.

Il est extrêmement difficile d’interpréter la signification du mot «raisonnable» alors qu’il est tout à fait impossible de cerner l’expression «caractère raisonnable». L’approche fondée sur l’utilisation des dictionnaires reflète elle-même le fond du problème, à savoir,

considering relationships based on other factors (which dictionaries have difficulty expressing). As a practical matter, the Tribunal agrees with the complainant that terms should not be confined to their historical roots, but must be tested in today's world, against an understanding of how people are living and how language reflects reality. Dr. Eichler's [specialist in sociology and family policy called as an expert witness by the appellant] evidence, as well as that of the complainant, was helpful in making these assessments. Value judgments should play no part in this process, because they may operate to favour a view of the world as it might be preferred over the world as it is. The Tribunal notes the conclusion reached by Hugessen J. in *Schaap* [[1989] 3 F.C. 172] that the *Act* does not promote certain types of status over others and that the *Act* is intended to address group stereotypes. For these reasons, the Tribunal finds that it is reasonable to conclude that homosexual couples may constitute a family.

The Tribunal concluded that the Treasury Board and CUPTE had infringed s. 10(b) in entering into the collective agreement. It looked at the common law relationships that were included in the meaning of "immediate family" by the definition in the collective agreement, mentioned above. It noted that the definition of common law spousal relationship already incorporates a functional approach to the type of relationships for which bereavement leave is appropriate. It also noted that as the definition included some familial relationships and excluded some others, the collective agreement treated some types of familial relationships differently than others, in particular same-sex couples. It finally concluded (at p. D/6097):

Having determined that persons of the same sex *prima facie* may have the status of a family under the *Act*, and having determined that the family of the complainant is treated differently under the *Act* than other families, including but not limited to families which are very similar in their characteristics to that of the complainant, this Tribunal therefore finds that the collective agreement deprived the complainant of the employment opportunity of bereavement leave on a prohibited ground of discrimination, and that therefore each of the Treasury Board and CUPTE have committed a discriminatory practice under s. 10(b) of the *Act*.

que la définition des familles peut reposer sur certaines relations formelles, tout comme sur des relations fondées sur d'autres facteurs (que les dictionnaires ont difficulté à exprimer). Cela signifie en pratique que le Tribunal partage l'opinion du plaignant à l'effet que les termes ne doivent pas se limiter à leur acception traditionnelle, mais doivent plutôt être mesurés dans le monde d'aujourd'hui, en fonction d'une compréhension de la vie courante et de la façon dont la langue reflète cette réalité. Le témoignage du Dr Eichler, ainsi que celui du plaignant, ont été fort utiles pour en arriver à ces conclusions. Ce processus ne doit comprendre aucun jugement de valeur, puisqu'il pourrait sembler pencher en faveur d'une conception idéalisée plutôt que réelle du monde. Le Tribunal constate la conclusion à laquelle en était arrivé le juge Hugessen dans l'affaire *Schaap* [[1989] 3 C.F. 172], à savoir que la *Loi* ne favorise pas certains types d'états plutôt que d'autres, et que la *Loi* a pour objet de corriger les stéréotypes collectifs. Pour toutes ces raisons, le Tribunal est d'avis qu'on peut raisonnablement conclure que les couples homosexuels peuvent constituer une famille.

Le Tribunal était d'avis que le Conseil du Trésor et le SCEPT ont contrevenu à l'al. 10b) en concluant la convention collective. Il a examiné les unions de fait que la définition de la convention collective, mentionnée ci-dessus, fait entrer dans la signification de «proche famille». Il a noté que la définition incorpore déjà une approche fonctionnelle dans le genre de liens pour lesquels le congé de deuil est approprié. Il a noté également que, comme la définition comprenait certains liens familiaux et en excluait d'autres, la convention collective traitait certains genres de liens familiaux différemment des autres, tout particulièrement les couples formés de personnes de même sexe. Il a dit en dernier lieu, à la p. D/6097:

Ayant conclu que les personnes de même sexe peuvent à première vue avoir le statut d'une famille selon la *Loi*, et ayant conclu que la famille du plaignant reçoit un traitement différent aux termes de la *Loi* que d'autres familles, y compris mais sans limiter la généralité de ce qui précède aux familles dont les caractéristiques ressemblent beaucoup à celles du plaignant, ce Tribunal en arrive à la conclusion que la convention collective a privé le plaignant d'une chance d'emploi, savoir, un congé de deuil, pour un motif de distinction illicite, et il s'ensuit que le Conseil du Trésor et le SCEPT ont commis un acte discriminatoire selon le para. 10b) de la *Loi*.

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 pursuant to s. 7(b) in denying the bereavement leave. The Tribunal made no separate finding of liability against CUPTE under s. 9(1)(c).

Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 18

1. Marceau J.A.

Marceau J.A. noted that the Tribunal recognized the fundamental question that was put to it as being whether the term "family status" includes a homosexual relationship. In his opinion, the question that the Tribunal defined as fundamental would not solve the real issue that had to be addressed. Marceau J.A. was of the view that a more specific analysis was required than one based on the general attributes of a family group.

Marceau J.A. first held that any error of law by a Canadian Human Rights Tribunal is reviewable on an application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, as the *CHRA* did not include any private clause.

Marceau J.A. also held that the Tribunal erred in interpreting the term "family status" in the *CHRA* as including a homosexual relationship between two individuals. In so concluding, Marceau J.A. examined the propositions on which the Tribunal based its reasoning and noted that only a legal approach could lead to a proper understanding of the term "family status". In this respect, he stated, at p. 35:

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

Dans la mesure où il n'a fait rien de plus que d'appliquer la convention sur laquelle sa décision était directement fondée, le ministère n'était pas considéré comme ayant commis un acte discriminatoire distinct selon l'al. 7b) en refusant d'accorder le congé de deuil. Le Tribunal n'a pas conclu à une responsabilité distincte du SCEPT aux termes de l'al. 9(1)c).

b La Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 18

1. Le juge Marceau

Le juge Marceau constate que, d'après le Tribunal, la question fondamentale dont il était saisi était de savoir si l'expression «situation de famille» comprend une relation homosexuelle. À son avis, la question que le Tribunal a qualifié de fondamentale ne trancherait pas le véritable point qu'il avait à traiter. Il estime qu'il fallait procéder à une analyse plus précise que celle fondée sur les attributs généraux d'un groupe familial.

Le juge Marceau décide d'abord que toute erreur de droit commise par le Tribunal canadien des droits de la personne est susceptible de révision à la suite d'une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, puisque la *LCDP* ne comporte aucune clause privative.

Il estime également que le Tribunal a commis une erreur en interprétant l'expression «situation de famille» utilisée dans la *LCDP* comme comprenant une relation homosexuelle entre deux personnes. Pour aboutir à cette conclusion, il examine les propositions sur lesquelles le Tribunal a fondé son raisonnement et il note que seule une approche juridique pourrait mener à une compréhension correcte de l'expression «situation de famille». À cet égard, il déclare, à la p. 35:

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 régle-

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.

He added that the *CHRA* was amended in 1983, to express in English what the French version was already saying, "so that the English version must be taken to express the notion underlying the words used in French". He then concluded as follows, at p. 36:

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.

In his analysis of the real issue underlying the complaint, Marceau J.A. noted that sexual orientation was the real ground of discrimination involved. He added, at pp. 37-38:

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 Services)*, [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 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.

menté. 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.

Il ajoute que la *LCDP* a été modifiée en 1983 afin d'exprimer en anglais ce que le texte français disait déjà et que «par conséquent, on doit considérer que le texte anglais exprime la notion qui est sous-jacente dans les mots utilisés en français». Il conclut alors ainsi, à la p. 36:

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 modification.

Dans son analyse de la véritable question qui sous-tend la plainte, le juge Marceau remarque que l'orientation sexuelle était le véritable motif de distinction illicite invoqué. Il ajoute, aux pp. 37 et 38:

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 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.

2. Stone J.A. (concurring in the result)

Stone J.A. agreed with the result proposed by Marceau J.A., and also with his reasons except for a few differences which follow.

Firstly, according to Stone J.A. it is of considerable significance, in deciding the correctness of the decision of the Tribunal, to look at the objective of Parliament in adding "family status" as a prohibited ground of discrimination. He stated, at p. 40:

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.

Relying on the Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, Stone J.A. noted that, at the time of the amendment, the then Minister of Justice made it clear that the government decided not to include in the Act "sexual orientation" as a prohibited ground of discrimination. In the opinion of Stone J.A., the term "family status", as used in the *CHRA*, does not include discrimination based on sexual orientation.

Secondly, Stone J.A. expressed the view that they were not asked to decide whether the term "family status" includes or excludes common law relationships, only briefly noting that a common law relationship is one that exists between two persons of the opposite sex.

Finally, as to the *Charter* issue, Stone J.A. noted that none of the parties had sought to demonstrate that any provision of the *CHRA* was in conflict with the *Charter*. The argument advanced before the court was that the *Charter* mandated the expression "family status" to include same-sex

2. Le juge Stone (motifs concordants quant au résultat)

Le juge Stone est d'accord avec la conclusion du juge Marceau, ainsi qu'avec ses motifs, sous réserve des quelques divergences qui suivent.

Premièrement, selon le juge Stone, il est particulièrement important, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le bien-fondé de la décision du Tribunal, d'examiner l'objectif que visait le Parlement lorsqu'il a ajouté les expressions «*family status*» et «*état matrimonial*» comme motifs de distinction illicite. Il déclare, à la p. 40:

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

En s'appuyant sur les Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques, le juge Stone note que, au moment de la modification, le ministre de la Justice de l'époque a précisé que le gouvernement avait décidé de ne pas inclure dans la Loi «*l'orientation sexuelle*» comme motif de distinction illicite. De l'avis du juge Stone, l'expression «*situation de famille*», telle qu'elle est utilisée dans la *LCDP*, ne comprend pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Deuxièmement, le juge Stone est d'avis qu'on ne leur demandait pas de déterminer si l'expression «*situation de famille*» inclut ou exclut les unions de fait et il souligne seulement qu'une union de fait désigne une relation qui existe entre deux personnes de sexe opposé.

Enfin, en ce qui concerne la question relative à la *Charte*, le juge Stone constate qu'aucune des parties n'a tenté de démontrer l'incompatibilité d'une ou l'autre des dispositions de la *LCDP* avec la *Charte*. On a plutôt fait valoir devant la cour que la *Charte* commandait que l'expression «*situation*

couples. Stone J.A.'s response to this argument was unequivocal (at p. 43):

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.

IV — Issues

1. Did the Federal Court of Appeal err when it held that any error of law by a Canadian Human Rights Tribunal is reviewable on an application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*?
2. Did the Federal Court of Appeal err when it held that the term "family status" in the *CHRA* did not include a homosexual relationship between two individuals?

V — Analysis

The first question put to the Court, that concerning the Federal Court of Appeal's jurisdiction to review any error of law by the Canadian Human Rights Tribunal, is in my opinion quite straightforward. The appeal before the Federal Court of Appeal was based on s. 28 of the *Federal Court Act*, which for convenience's sake I shall reproduce here:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order

de famille» inclue les couples de même sexe. Le juge Stone répond à cet argument de façon non équivoque, à la p. 43:

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.

IV — Les questions en litige

1. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que toute erreur de droit commise par le Tribunal canadien des droits de la personne est susceptible de révision à la suite d'une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*?
2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que l'expression «situation de famille» figurant dans la *LCDP* ne comprend pas une relation homosexuelle entre deux personnes?

V — Analyse

La première question qui nous est posée, soit celle concernant la compétence de la Cour d'appel fédérale de réviser toute erreur de droit que le Tribunal canadien des droits de la personne puisse commettre est à mon avis fort simple. L'appel dont était saisie la Cour fédérale d'appel est fondé sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, que je reproduis ici pour plus de commodité:

28. (1) Malgré l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel est compétente pour les demandes de révision et d'annulation d'une décision ou ordonnance—exception faite de celles de nature admi-

of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, on the ground that the board, commission or tribunal

nistrative résultant d'un processus n'ayant légalement aucun caractère judiciaire ou quasi judiciaire—rendue par un office fédéral ou à l'occasion de procédures en cours devant cet office au motif que celui-ci, selon le cas:

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

On this point I agree with Marceau J.A. of the Federal Court of Appeal, and adopt his reasons in this regard (at pp. 31-32):

Je suis d'accord sur ce point avec le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale, et je fais miens ses motifs à cet égard (aux pp. 31 et 32):

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 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.

c 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 internationale 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. f 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 susceptibles 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, 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. h

The question before the Court in this case is one of statutory interpretation: it is therefore a question of law. The appellant argued that, nevertheless, the Federal Court of Appeal should have exercised judicial restraint and upheld the Tribunal's decision. Absent a privative clause, the courts have shown curial deference *vis-à-vis* certain specialized tribunals when interpreting their own Act. The question is therefore whether a tribunal set up under the *CHRA* is such a body. On this point, this

i Nous sommes saisis en l'espèce d'une question d'interprétation des lois; il s'agit donc d'une question de droit. L'appelante a soutenu que, néanmoins, la Cour d'appel fédérale aurait dû faire preuve de retenue judiciaire et maintenir la décision du Tribunal. En l'absence d'une clause privative, les cours de justice ont fait montre de retenue judiciaire à l'égard de certains tribunaux spécialisés lorsqu'ils interprètent leur propre loi. Il nous faut donc déterminer si un tribunal constitué en

Court, my colleague L'Heureux-Dubé J. dissenting, just a few months ago, in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 338, found that such a board does not have the kind of expertise that should enjoy curial deference on matters other than findings of fact:

In spite of the ability to overturn decisions of the Board on findings of fact, this Court has indicated that some curial deference will apply even to cases without privative clauses to reflect the principle of the specialization of duties (see *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, *Etobicoke, supra*, at p. 211). While curial deference will apply to findings of fact, which the Board of Inquiry may have been in a better position to determine, such deference will not apply to findings of law in which the Board has no particular expertise.

It seems to me that this should have put the matter to rest. But if any additional reasons need be given for our having come to that conclusion, I would adopt in that regard the reasons of my colleague Justice La Forest in this case.

Having decided this question, I must now turn to the second one. It is important to remember that when this case was heard last June, the only question submitted to this Court was whether, by specifically denying homosexual couples access to certain benefits conferred on heterosexual couples, a union and the government had infringed the *CHRA*. There was no question of determining whether the government and the unions should or should not extend these types of benefits to homosexual couples, nor of deciding whether Parliament when enacting the *CHRA* should have prohibited discrimination on the basis of sexual orientation. Also of great importance to the dynamics of the analysis in this case is the fact that none of the provisions of the *CHRA* were challenged under the

vertu de la *LCDP* est un organisme de ce genre. Sur ce point, notre Cour, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé étant dissidente, a conclu il y a quelques mois, dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 338, qu'un tel organisme n'a pas le genre d'expertise qui appelle une retenue judiciaire sur des questions autres que des conclusions de fait:

Malgré la possibilité d'infirmer les décisions de la commission relativement aux conclusions de fait, notre Cour a indiqué qu'un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n'existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions (voir les arrêts *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, et *Etobicoke*, précité, à la p. 211). Bien que le principe de la retenue judiciaire s'applique aux conclusions de fait, que la commission pouvait être en meilleure position de trancher, il ne s'applique pas relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas de son champ d'expertise particulier.

À mon avis, cela aurait dû régler la question. Toutefois, s'il faut donner d'autres raisons pour lesquelles nous en sommes arrivés à cette conclusion, j'adopterais à cet égard les motifs de mon collègue, le juge La Forest, en l'espèce.

Cette question étant réglée, il me faut maintenant passer à la seconde. À cet égard, je tiens à rappeler que, quand cette cause a été entendue en juin dernier, la seule question posée à notre Cour consistait à savoir si, en refusant spécifiquement aux couples homosexuels l'accès à certains avantages conférés aux couples hétérosexuels, un syndicat et le gouvernement avaient violé la *LCDP*. Il n'était aucunement question de déterminer si le gouvernement et les syndicats devaient ou non étendre ce type d'avantages aux couples homosexuels, non plus d'ailleurs que de décider si, en adoptant la *LCDP*, le législateur fédéral aurait dû interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Fait également important pour la dynamique de l'analyse en l'espèce, aucune des dispositions de la *LCDP* n'a été contestée au regard de la *Charte*. La question que notre Cour avait à tran-

Charter. The question before this Court was thus strictly one of statutory interpretation.

Since then, as the result of two important decisions of Canadian courts, the situation in this country has evolved with respect to the questions at issue in this appeal. On July 9, 1992 this Court handed down its decision in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, confirming that, in a limited number of special circumstances, the courts may add to the text of legislative provisions so that they conform to the requirements of the Constitution. On August 6, 1992, the Ontario Court of Appeal, relying on the principles set forth in *Schachter*, added sexual orientation to the list of prohibited grounds of discrimination contained in s. 3 of the *CHRA*, as it was of the view that without this addition the provision was contrary to s. 15 of the *Charter*. The case in question was *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495. On November 9, 1992, the Minister of Justice, Kim Campbell, announced her intention not to appeal that decision.

As a result of these developments, the Court invited the parties to this appeal to submit new arguments. Relying on the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Haig*, the appellant could then have challenged the constitutionality of s. 3 of the *CHRA* on the basis of the absence of sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination. This would have enabled this Court to address the fundamental questions argued in the Ontario Court of Appeal in *Haig*. It would then have been possible to give a much more complete and lasting solution to the present problem.

The appellant chose not to take this approach, however, and insisted that this Court dispose of its action solely on the basis of the meaning of "family status". In these circumstances, as the Court did not have the benefit of any argument that would have enabled it to give an informed ruling on the questions decided by the Ontario Court of Appeal in *Haig*, and since on the present record it cannot do so, I can do no more than to dispose of this

cher était donc strictement une question d'interprétation des lois.

Depuis ce temps, la conjoncture au Canada a évolué en ce qui a trait aux questions qui font l'objet du présent pourvoi, par l'effet de deux décisions importantes des tribunaux du pays. Le 9 juillet 1992, notre Cour rendait, dans l'affaire *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, une décision confirmant la possibilité pour les tribunaux, dans un nombre limité de circonstances spéciales, d'ajouter au texte de dispositions législatives afin de les rendre conformes aux exigences de la Constitution. Le 6 août 1992, la Cour d'appel de l'Ontario, se reposant sur les principes énoncés dans l'arrêt *Schachter*, ajoutait à la liste des motifs de distinction illicite énumérés à l'art. 3 de la *LCDP*, l'orientation sexuelle, estimant que, dépourvue de cette addition, cette disposition était contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Il s'agit de l'affaire *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495. Le 9 novembre 1992, le ministre de la Justice, M^{me} Kim Campbell, annonçait son intention de ne pas porter cette décision en appel.

En raison de ces développements, la Cour a invité les parties au présent pourvoi à soumettre de nouveaux arguments. L'appelante aurait alors très bien pu, en s'inspirant des motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Haig*, contester la constitutionnalité de l'art. 3 de la *LCDP* en raison de l'absence, à la liste des motifs de distinction illicite, de l'orientation sexuelle. Cela aurait permis à notre Cour de se pencher à son tour sur les questions fondamentales débattues devant la Cour d'appel de l'Ontario dans le contexte de l'arrêt *Haig*. Il aurait été possible, ce faisant, d'apporter au présent problème une solution beaucoup plus complète et durable.

L'appelante a toutefois choisi de ne pas emprunter cette voie et insiste pour que notre Cour dispose de son recours sur le seul fondement du sens de «situation de famille». Dans ce contexte, notre Cour n'ayant pas bénéficié d'un débat qui lui permettrait de se prononcer de façon éclairée sur les questions tranchées par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Haig*, et le dossier dans son état actuel ne lui permettant pas de le faire, j'en suis

appeal on the basis of the law as it stood at the time of the events in question. Accordingly, the issue to be determined, on the facts of this case, is whether there was discrimination on the basis of Mr. Mossop's "family status" under the *CHRA* as it stood at the time the events occurred.

When Mr. Mossop was denied bereavement leave in June 1985, the *CHRA* did not prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. In my opinion, this fact is a highly relevant part of the context in which the phrase "family status" in the Act must be interpreted. It is interesting to note in this regard that there was a recommendation by the Canadian Human Rights Commission that sexual orientation be made a prohibited ground of discrimination. Nevertheless, at the time of the 1983 amendments to the *CHRA*, no action was taken to implement this recommendation.

It is thus clear that when Parliament added the phrase "family status" to the English version of the *CHRA* in 1983, it refused at the same time to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation in that Act. In my opinion, this fact is determinative. I find it hard to see how Parliament can be deemed to have intended to cover the situation now before the Court in the *CHRA* when we know that it specifically excluded sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination contained in the Act. In the case at bar, Mr. Mossop's sexual orientation is so closely connected with the grounds which led to the refusal of the benefit that this denial could not be condemned as discrimination on the basis of "family status" without indirectly introducing into the *CHRA* the prohibition which Parliament specifically decided not to include in the Act, namely the prohibition of discrimination on the basis of sexual orientation.

While, with respect, I am not in agreement with all of Marceau J.A.'s judgment, I believe that he correctly identified the relationship which exists

réduit à disposer du présent pourvoi en fonction du droit tel qu'il existait au moment des événements. Il s'agit donc de déterminer, en fonction des faits de l'espèce, s'il y a eu discrimination sur le fondement de la «situation de famille» à l'endroit de M. Mossop, aux termes de la *LCDP* telle qu'elle existait au moment des événements.

Or, au mois de juin 1985, date à laquelle le congé pour cause de deuil fut refusé à M. Mossop, la *LCDP* n'interdisait pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. À mon avis, il s'agit là d'un élément de contexte hautement pertinent dans l'interprétation de l'expression «situation de famille» dans le cadre de cette loi. Il est intéressant de noter à cet égard que la Commission canadienne des droits de la personne avait recommandé que l'orientation sexuelle soit reconnue comme motif de distinction illicite. Le législateur n'a toutefois pas donné suite à cette recommandation au moment où la *LCDP* a été modifiée en 1983.

Il est donc évident que le législateur, qui ajoutait, en 1983, l'expression «*family status*» au texte anglais de la *LCDP*, refusait au même moment d'interdire, par le biais de cette loi, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. À mon avis, ce facteur est déterminant en l'espèce. En effet, je vois difficilement comment l'on peut imputer au législateur, dont on sait qu'il a spécifiquement exclu l'orientation sexuelle de la liste des motifs de distinction illicite énumérés à la *LCDP*, l'intention que soit visée par cette même loi la situation qui nous occupe ici. En l'espèce, l'orientation sexuelle de M. Mossop est liée de façon si intime aux motifs qui ont conduit au refus de l'avantage, que l'on ne saurait condamner ce refus comme constituant une discrimination fondée sur la «situation de famille» sans introduire indirectement dans la *LCDP*, l'interdiction que le législateur a spécifiquement décidé de ne pas inclure à cette loi, à savoir l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Bien que, avec égards, je ne partage pas entièrement l'opinion du juge Marceau de la Cour d'appel fédérale, je crois qu'il a bien cerné l'interrela-

between sexual orientation and the discrimination at issue in this case (at p. 37):

... 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.

While it may be argued that the discrimination here applies to homosexual couples through their familial relationship or in their "family status" and does not apply to the sexual orientation of Mr. Mossop as an individual as such, I am not persuaded by this distinction. I cannot conclude that by omitting sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination contained in the *CHRA*, Parliament intended to exclude from the scope of that Act only discrimination on the basis of the sexual orientation of individuals. If such an interpretation were to be given to the *CHRA*, the result would be somewhat surprising: while homosexuals who are not couples would receive no protection under the Act, those who are would be protected.

Whatever may be my personal views in that regard, I find that Parliament's clear intent throughout the *CHRA*, before and at the time of the amendment of 1983, was to not extend to anyone protection from discrimination based on sexual orientation.

Absent a *Charter* challenge of its constitutionality, when Parliamentary intent is clear, courts and administrative tribunals are not empowered to do anything else but to apply the law. If there is some ambiguity as to its meaning or scope, then the courts should, using the usual rules of interpretation, seek out the purpose of the legislation and if more than one reasonable interpretation consistent

tion qui existe entre l'orientation sexuelle et la distinction en cause dans la présente affaire, à la p. 37:

... 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.

On peut certes faire valoir que la discrimination vise ici les couples homosexuels à travers leurs liens familiaux ou dans leur «situation de famille» et ne vise pas l'orientation sexuelle comme telle de M. Mossop en tant qu'individu. Cette distinction ne me convainc pas et je ne puis conclure qu'en omettant l'orientation sexuelle dans la liste des motifs de distinction illicite énumérés à la *LCDP*, le législateur avait l'intention d'exclure du champ d'application de cette loi seule la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des individus. Si l'on devait donner cette interprétation à la *LCDP*, le résultat serait plutôt surprenant: les homosexuels qui ne vivent pas en couples ne seraient pas protégés par la Loi, mais ceux vivant en couple le seraient.

Quelles que soient mes opinions personnelles à cet égard, j'estime que l'intention évidente du législateur a toujours été, avant comme au moment de la modification de 1983 à la *LCDP*, de ne pas accorder à qui que ce soit de protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Si sa constitutionnalité n'est pas contestée en vertu de la *Charte*, lorsque l'intention du législateur est évidente, les cours de justice et les tribunaux administratifs n'ont d'autres pouvoirs que d'appliquer la loi. Si la signification ou la portée du texte de loi est ambiguë, les cours de justice devraient alors, au moyen des règles d'interprétation habituelles, tenter de cerner l'objet de la loi et,

with that purpose is available, that which is more in conformity with the *Charter* should prevail.

But, I repeat, absent a *Charter* challenge, the *Charter* cannot be used as an interpretative tool to defeat the purpose of the legislation or to give the legislation an effect Parliament clearly intended it not to have.

Of course, if the effect of the legislation is in violation of the *Charter*, and a challenge of the constitutionality of the law is made before the courts, then the courts are commanded under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to declare the section inoperative or to amend it when permissible along the lines set out in *Schachter* as did the Ontario Court of Appeal in *Haig*.

Before concluding, I should add that this does not mean that the hypothesis of overlapping grounds of discrimination should be ruled out in other contexts. Indeed, in this case, if Parliament had decided to include sexual orientation in the list of prohibited grounds of discrimination, my interpretation of the phrase "family status" might have been entirely different and I might perhaps then have concluded that Mr. Mossop's situation included both his sexual orientation and his "family status". For the reasons I have given, however, and in particular as there is no challenge under the *Charter*, I am unable to come to such a conclusion in the case at bar.

Nor should this decision be interpreted as meaning that homosexual couples cannot constitute a "family" for the purposes of legislation other than the *CHRA*. In this regard, each statute must be interpreted in its own context.

VI — Conclusion

For these reasons, I would dismiss the appeal.

s'il existe plus d'une interprétation qui soit compatible avec cet objet, il faut opter pour celle qui est le plus conforme à la *Charte*.

Je tiens toutefois à répéter que, s'il n'y a pas de contestation fondée sur la *Charte*, celle-ci ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrarier son objet ou à lui donner un effet que le législateur ne souhaitait pas de toute évidence.

Il va sans dire que, si l'effet de la loi va à l'encontre de la *Charte*, et si sa constitutionnalité est contestée devant les tribunaux, alors, ceux-ci doivent, en conformité avec l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, déclarer l'article inopérant ou le modifier lorsqu'il est possible de le faire selon les modalités établies dans l'arrêt *Schachter*, précité, comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Haig*, précité.

Avant de conclure, je voudrais ajouter que cela ne signifie pas que l'on doive écarter, dans d'autres contextes, l'hypothèse d'un chevauchement entre les différents motifs de discrimination. De fait, dans le cas qui nous occupe, si le législateur avait décidé d'inclure l'orientation sexuelle à la liste des motifs prohibés de discrimination, mon interprétation de l'expression «situation de famille» aurait pu être fort différente et j'aurais peut-être alors conclu que la situation de M. Mossop mettait en jeu à la fois son orientation sexuelle et sa «situation de famille». Pour les motifs que j'ai exposés, et en particulier en l'absence d'une contestation en vertu de la *Charte*, il m'est toutefois impossible d'en arriver à une pareille conclusion en l'espèce.

Cette décision ne doit pas non plus être interprétée comme signifiant que les couples homosexuels ne peuvent pas constituer une «famille» dans le contexte de lois autres que la *LCDP*. Chaque loi doit, à cet égard, être interprétée selon son propre contexte.

VI — Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The reasons of La Forest and Iacobucci JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges La Forest et Iacobucci rendus par

LA FOREST J.—I have read the reasons of the Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé. I share the general approach of the Chief Justice and would dispose of the case in the manner he proposes. I think it advisable, however, to deal more directly with some of the issues raised by my colleague, L'Heureux-Dubé J. I shall, therefore, briefly set forth the main considerations that have led me to the conclusion I have reached.

LE JUGE LA FOREST—J'ai lu les motifs du Juge en chef et ceux du juge L'Heureux-Dubé. Je souscris dans l'ensemble à l'analyse du Juge en chef et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière qu'il propose. Toutefois, j'estime souhaitable d'examiner d'une façon plus directe certaines des questions soulevées par ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé. J'exposerai donc brièvement les principales considérations à la base de ma conclusion.

Two issues were raised before us:

Deux questions ont été soulevées devant notre Cour:

1. What is the standard of review of decisions of a human rights tribunal in the interpretation of its enabling legislation?

1. Quelle est la norme de contrôle applicable aux décisions d'un tribunal des droits de la personne prises dans le cadre de son interprétation de sa loi constitutive?

2. Did the Federal Court err in holding that the term "family status" did not include a homosexual relationship between two individuals?

2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a statué que l'expression «situation de famille» ne comprend pas une relation homosexuelle entre deux personnes?

1. The Standard of Review

1. La norme de contrôle

I agree with the Chief Justice that the general question raised is one of statutory interpretation, and as such is a question of law over which the Federal Court of Appeal has jurisdiction. My colleague L'Heureux-Dubé J., however, maintains that we should defer to the views of a human rights tribunal not only on questions of fact, but also on questions of law. For this she relies on decisions on judicial review of administrative tribunals in specialized fields, and particularly labour law. With respect I cannot agree. First it must be recognized that these specialized tribunals frequently have strong privative clauses in their constituent legislation showing a legislative intention to limit judicial review. No such privative clause appears in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33 as amended) (the "Act"). The normal approach to interpreting a tribunal's enabling statute should be that the courts retain their general supervisory jurisdiction. In the

À l'instar du Juge en chef, je crois que la question générale qui nous est posée touche l'interprétation des lois, et qu'il s'agit donc d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel fédérale a compétence. Toutefois, ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé, soutient que nous devons faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des opinions que formule un tribunal des droits de la personne non seulement sur des questions de fait, mais aussi sur des questions de droit. Dans son raisonnement, elle s'appuie sur des décisions relatives au contrôle judiciaire des tribunaux administratifs dans des domaines spécialisés, plus particulièrement en droit du travail. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Il faut tout d'abord reconnaître que les lois constitutives de ces tribunaux spécialisés renferment souvent des clauses privatives non équivoques qui indiquent l'intention du législateur de limiter le contrôle judiciaire. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch.

case of human rights tribunals, that supervision is by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The enabling statute of an administrative tribunal empowers that body to do the things that are set forth in the statute. That is why a privative clause, which specifically addresses the position of the administrative tribunal *vis-à-vis* the courts, is of importance in determining a legislative intent to limit the judicial supervision of the tribunal. In the absence of other provisions indicating a disposition to limit judicial review, the normal supervisory role of the courts remains. The administrative tribunal, of course, is authorized to make determinations on these questions, but they are not to be insulated from the general supervisory role of the courts.

The courts have also been willing to show deference to administrative tribunals for reasons of relative expertise. This is in addition to the normal deference of reviewing courts in respect of questions of fact. But the position of a human rights tribunal is not analogous to a labour board (and similar highly specialized bodies) to which, even absent a privative clause, the courts will give a considerable measure of deference on questions of law falling within the area of expertise of these bodies because of the role and functions accorded to them by their constituent Act in the operation of the legislation. The Human Rights Commission undoubtedly serves many useful functions that help to educate, inform, and advise the government, the public and the courts on matters of human rights (s. 27). It also provides a procedure for initiating, investigating, and seeking voluntary settlement of human rights complaints. But it must be noted that in none of these roles is the work of the Commission binding on all parties. That power resides only with the tribunal in its adjudicative role under Part III of the Act. And the tribunal is not, simply by these other functions of the Com-

H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée) (la «Loi») n'a pas de telle clause privative. Normalement les cours de justice maintiennent leur pouvoir général de surveillance dans l'interprétation de la loi constitutive d'un tribunal administratif. Dans le cas des tribunaux des droits de la personne, cette surveillance appartient à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. La loi constitutive d'un tribunal administratif habilite celui-ci à faire les choses qu'elle prévoit. Une clause privative, qui porte explicitement sur la position du tribunal administratif par rapport à la cour de justice, est donc importante en ce qu'elle permet d'établir que le législateur avait l'intention de limiter la surveillance du tribunal par une cour de justice. En l'absence d'autres dispositions indiquant une intention de limiter le contrôle judiciaire, les cours de justice conservent leur pouvoir habituel de surveillance. Le tribunal administratif est certes habilité à prendre des décisions sur ces questions, mais ces décisions ne sont pas à l'abri de la surveillance générale des cours de justice.

En plus de la retenue habituelle dont elles font preuve à l'égard des questions de fait, les cours de justice sont également disposées à user de retenue si le tribunal administratif a une expertise relative. Toutefois, la position d'un tribunal des droits de la personne n'est pas analogue à celle d'un conseil des relations du travail (ou d'un organisme similaire hautement spécialisé) à l'endroit duquel, même en l'absence d'une clause privative, les cours de justice feront preuve d'une grande retenue relativement à des questions de droit relevant de l'expertise de ces organismes en raison du rôle et des fonctions qui leur sont conférés par leur loi constitutive. La Commission canadienne des droits de la personne remplit certainement de nombreuses fonctions utiles qui visent à sensibiliser, à informer et à conseiller le gouvernement, le public et les cours de justice dans le domaine des droits de la personne (art. 27). La Commission a également une procédure de dépôt, d'enquête et de règlement volontaire des plaintes en matière de droits de la personne. Toutefois, je tiens à préciser que la Commission, dans l'exécution de ces rôles, ne rend pas de décisions qui ont force obligatoire. Ce pouvoir

mission, entitled to be free of normal review in its adjudicative function. The tribunals themselves are *ad hoc* bodies established to settle a particular dispute. In this respect their positions are similar to that of a labour arbitrator. But a human rights tribunal does not appear to me to call for the same level of deference as a labour arbitrator. A labour arbitrator operates, under legislation, in a narrowly restricted field, and is selected by the parties to arbitrate a difference between them under a collective agreement the parties have voluntarily entered. As well, the arbitrator's jurisdiction under the statute extends to the determination of whether a matter is arbitrable. This is entirely different from the situation of a human rights tribunal, whose decision is imposed on the parties and has direct influence on society at large in relation to basic social values. The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not on a standard of reasonability.

2. Family Status

I turn, then, to the meaning to be attributed to the words "family status" under the ordinary rules of statutory interpretation. In determining the intent of Parliament, one must, of course, give to the words used in a statute their usual and ordinary sense having regard to their context and to the purpose of the statute. Here I shall focus particularly on the word "family" because the word "status"

appartient seulement au tribunal des droits de la personne dans son rôle décisionnel en vertu de la partie III de la Loi. D'ailleurs, le tribunal n'est pas, simplement en raison de ces autres fonctions de la Commission, à l'abri du contrôle habituel lorsqu'il rend des décisions. Ces tribunaux sont des organismes constitués au besoin pour régler un différend particulier. À ce point de vue, leur situation est semblable à celle d'un arbitre en relations du travail. Toutefois, un tribunal des droits de la personne ne me paraît pas commander le même niveau de retenue qu'un arbitre. En effet, ce dernier œuvre, en vertu d'une loi, dans un domaine fort restreint, et il est choisi par les parties pour arbitrer un différend entre elles en vertu d'une convention collective qu'elles ont volontairement signée. En outre, la compétence d'un conseil d'arbitrage en vertu de la loi s'étend à la question de savoir si une question est arbitrable. Ce qui est tout à fait différent de la situation d'un tribunal des droits de la personne, dont la décision est imposée aux parties et qui a une incidence directe sur l'ensemble de la société relativement à ses valeurs fondamentales. L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

2. La situation de famille

J'examinerai maintenant le sens qu'il faut donner à l'expression «situation de famille» en vertu des règles ordinaires d'interprétation des lois. Pour déterminer l'intention du législateur, il faut bien entendu donner aux termes utilisés dans une loi leur sens ordinaire et habituel, compte tenu de leur contexte et de l'objet de la loi. En l'espèce, je m'en tiendrai tout particulièrement au terme «famille»

must inevitably attach to it. No one denies (and my colleague L'Heureux-Dubé J. concedes this) that the dominant conception of family is the traditional family. That, to use the term L'Heureux-Dubé J. uses, is the "unexamined consensus". That does not, of course, exhaust the meaning of the term, and we all know that in ordinary parlance it also comprises several derivative meanings that have a real connection with the dominant concept. I recognize, however, that particularly in recent years the word is loosely used to cover other relationships. The appellant here argues that "family status" should cover a relationship dependent on a same-sex living arrangement. While some may refer to such a relationship as a "family", I do not think it has yet reached that status in the ordinary use of language. Still less was it the case when the statute was enacted. In human terms, it is certainly arguable that bereavement leave should be granted to homosexual couples in a long-term relationship in the same way as it applies to heterosexual couples, but that is an issue for Parliament to address. It is not argued here that anything in the context supports the contention that this was the legislative purpose. The appellant's argument ultimately rests on the proposition that human rights statutes should be interpreted "purposefully" so as to favour all disadvantaged groups. I agree that the statute should be interpreted generously with a view to effect its purpose. But this brings us back to the question whether the addition of the words "family status" had as one of its legislative purposes the protection of persons living in the position of the appellant. As noted neither the language relied on nor the other grounds of discrimination listed support this. Nor is there any evidence in the surrounding context that this was the mischief Parliament intended to address, which could afford some credence to the argument that Parliament was using the words "family status" other than in their ordinary sense. As the Chief Justice observes, when one looks at extraneous evidence, there is nothing to show that Parliament intended to cover the situation of a same-sex couple. Indeed, so far as it goes—and I do not attach any significance to it except in the negative way I have just mention-

parce que le terme «situation» s'y rattache nécessairement. Personne ne conteste (et ma collègue le juge L'Heureux-Dubé le reconnaît) que la famille traditionnelle constitue la principale conception de la famille. Cela représente, pour reprendre les propos du juge L'Heureux-Dubé, le «consensus non vérifié». Il va sans dire que cela ne permet pas de vider la question du sens du terme; d'ailleurs, nous savons tous que, dans le langage courant, ce terme comporte aussi plusieurs sens dérivés qui ont un lien réel avec le concept dominant. Toutefois, je reconnais que ce terme a été utilisé, surtout au cours des dernières années, pour décrire d'autres relations. En l'espèce, l'appelante soutient que l'expression «situation de famille» devrait comprendre une relation entre des personnes de même sexe qui décident de vivre ensemble. Certains peuvent certes qualifier une telle relation de «famille», mais je ne crois pas qu'elle soit ainsi perçue de nos jours dans le langage ordinaire. C'était encore moins le cas quand la loi a été adoptée. Sur le plan humain, on peut certainement soutenir que les couples homosexuels, dans une relation à long terme, devraient bénéficier du congé de deuil offert aux couples hétérosexuels; toutefois, il s'agit là d'une question qu'il appartient au législateur de trancher. On n'allègue pas ici qu'un élément quelconque du contexte appuie la prétention que c'était là l'objectif du législateur. L'argument de l'appelante repose sur la thèse selon laquelle les lois sur les droits de la personne devraient être interprétées en fonction de leur «objet» de façon à favoriser tous les groupes défavorisés. Je reconnais qu'une loi doit recevoir une interprétation large qui tend à la réalisation de son objet. Toutefois, ceci nous ramène à la question de savoir si l'ajout de l'expression «*family status*» visait à protéger des personnes dans la situation de l'appelante. Comme je l'ai déjà signalé, ni le langage sur lequel on s'appuie ni les autres motifs de distinction énumérés ne viennent étayer cette position. Le contexte entourant l'adoption n'apporte non plus aucune preuve que c'était là le tort que le législateur voulait corriger, preuve qui aurait pu permettre d'ajouter foi à l'argument selon lequel le législateur utilisait les mots «situation de famille» autrement que dans leur sens ordinaire. Comme le fait remarquer le Juge en chef, si l'on examine la preuve extrin-

ed—this evidence would tend to support the opposite conclusion.

sèque, rien ne montre que le législateur avait l'intention d'englober les couples de même sexe. En fait, la seule preuve qui existe—et je n'y accorde aucune importance autrement que de la façon négative que je viens de mentionner—tendrait à appuyer la conclusion contraire.

In sum, neither ordinary meaning, context, or purpose indicates a legislative intention to include same-sex couples within "family status". I underline that the present case is not an action under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where the Court may review the actions of Parliament or the government, and I would refrain from saying anything about the issues such an action might raise. Nor do I think it appropriate, in the absence of argument, to consider the application of the Act to arrangements other than the one before us.

Bref, ni le sens ordinaire, ni le contexte, ni l'objet n'indiquent que le législateur avait l'intention d'inclure les couples de même sexe dans l'expression «situation de famille». Je souligne qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une action fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans le cadre de laquelle la Cour peut examiner les actes du législateur ou du gouvernement, et je m'abstiendrai de dire quoi que ce soit sur les questions qu'une telle action pourrait soulever. Je ne crois pas non plus qu'il convienne, en l'absence d'arguments sur ce point, d'examiner l'application de la Loi à des ententes autres que celle qui nous est soumise.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons of Chief Justice Lamer and Justice La Forest, and with respect, I cannot agree with them nor with their disposition of this appeal. As the Chief Justice notes, this appeal concerns the interpretation of the term "family status", one of the enumerated grounds of discrimination in s. 3 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33 as amended) (the "Act"). The Court is asked to determine whether a Canadian Human Rights Tribunal (the "Tribunal") committed a reviewable error in interpreting the term "family status" so as to include a relationship between a couple of the same sex, in the context of the denial of a bereavement leave benefit provided for in a collective agreement. Although the Chief Justice has set out the facts and the judgments below, in view of my differing reasons, I would like to allude briefly to both.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'occasion de lire l'opinion du juge en chef Lamer et celle du juge La Forest, mais, avec déférence, je ne suis pas d'accord avec leurs motifs ni avec la façon dont ils disposent de l'appel. Comme le note le Juge en chef, le présent pourvoi porte sur l'interprétation de l'expression «situation de famille», l'un des motifs de «distinction illicite» mentionnés à l'art. 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée) (la «Loi»). La Cour est appelée à déterminer si le Tribunal canadien des droits de la personne (le «Tribunal») a commis une erreur susceptible de révision dans l'interprétation de l'expression «situation de famille» de façon à inclure un couple de même sexe, dans le contexte d'un refus d'accorder le congé de deuil prévu dans une convention collective. Bien que le Juge en chef relate les faits et les décisions des tribunaux inférieurs, compte tenu de ma dissidence, j'en ferai une brève revue.

Facts

The complainant Mr. Mossop and his male companion Mr. Popert first met in 1974 and lived together from 1976 on in a jointly owned and maintained home. The two men shared day-to-day activities, maintained a sexual relationship, and were known to their friends and families as a homosexual couple.

On June 3, 1985, Mr. Mossop attended the funeral of Mr. Popert's father. At the time of the complaint, Mr. Mossop was employed by the Department of the Secretary of State. His terms of employment were governed by a collective agreement between the Treasury Board and the Canadian Union of Professional and Technical Employees ("CUPTÉ"). Article 19.02 of this agreement provided for bereavement leave of up to four days upon the death of a member of an employee's immediate family. The day after the funeral of his companion's father, Mr. Mossop applied for bereavement leave. His application was turned down on the basis that the definition of immediate family in the collective agreement did not include the father of a same-sex companion. With the approval and support of CUPTÉ, Mr. Mossop filed a grievance against his employer. When the grievance was rejected on the basis that the denial of benefits complied with the terms of the collective agreement, Mr. Mossop lodged complaints with the Canadian Human Rights Commission against his employer (to which was later added the Treasury Board) and his union. The Tribunal, appointed pursuant to s. 49 (formerly s. 39) of the Act, concluded that the Treasury Board and CUPTÉ had committed a discriminatory practice under s. 10(b) of the Act, which prohibits employers or unions from entering into agreements which restrict employment opportunities on a discriminatory basis: (1989), 10 C.H.R.R. D/6064.

By originating notice, the Attorney General of Canada made an application to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to review and set aside the decision of the Canadian Human Rights Tribu-

Les faits

Le plaignant, M. Mossop, et son compagnon, M. Popert, se sont rencontrés en 1974 et habitent ensemble depuis 1976 dans une maison qu'ils possèdent et entretiennent en commun. Les deux hommes partagent les activités quotidiennes, entretiennent une liaison et sont considérés par leurs amis et leurs familles comme un couple homosexuel.

Le 3 juin 1985, M. Mossop a assisté aux funérailles du père de M. Popert. À l'époque de la plainte, M. Mossop était employé du Secrétariat d'État. Ses conditions d'emploi étaient régies par une convention collective entre le Conseil du Trésor et le Syndicat canadien des employés professionnels et techniques (le «SCEPT»). L'article 19.02 de la cette convention prévoyait un congé de deuil jusqu'à concurrence de quatre jours en cas de décès d'un membre de la proche famille de l'employé. Le lendemain des funérailles du père de son compagnon, M. Mossop a demandé le congé de deuil y prévu. Sa demande a été rejetée au motif que la définition de «proche famille» dans la convention collective ne comprenait pas le père d'un compagnon de même sexe. Avec l'approbation et l'appui du SCEPT, M. Mossop a déposé un grief contre son employeur. Après le rejet du grief au motif que le refus d'accorder le congé demandé était conforme à la convention collective, M. Mossop a déposé des plaintes auprès de la Commission canadienne des droits de la personne contre son employeur (auquel est venu s'ajouter le Conseil du Trésor) et son syndicat. Le Tribunal, nommé conformément à l'art. 49 (auparavant l'art. 39) de la Loi, a conclu que le Conseil du Trésor et le SCEPT avaient commis un acte discriminatoire aux termes de l'al. 10b) de la Loi, qui interdit à un employeur ou à une organisation syndicale de conclure des ententes qui restreignent les avantages d'un emploi d'une façon discriminatoire: (1989), 10 C.H.R.R. D/6064.

Le procureur général du Canada, par requête introductive d'instance, a présenté à la Cour d'appel fédérale une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, en vue de la révision et de l'annulation de la déci-

nal. The Federal Court of Appeal allowed the application and the decision of the Tribunal was set aside: [1991] 1 F.C. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355.

Relevant Legislation

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

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

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.

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. [Emphasis added.]

The Collective Agreement

2.01 For the purpose of this Agreement,

sion du Tribunal canadien des droits de la personne. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande et annulé la décision du Tribunal: [1991] 1 C.F. 18, 71 D.L.R. (4th) 661, 32 C.C.E.L. 276, 114 N.R. 241, 90 C.L.L.C. ¶ 17,021, 12 C.H.R.R. D/355.

Les dispositions législatives pertinentes

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

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

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

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale:

(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. [Je souligne.]

La convention collective

2.01 Aux fins de l'application de la présente convention,

(s) 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.

s) 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 sex 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.

19.02 For the purpose of this clause, immediate family is 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.

19.02 Aux fins de l'application de la présente clause, la proche famille comprend 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.

(a) Where a member of his immediate family dies, an employee shall be granted bereavement leave for a period of up to four (4) consecutive days and not extending beyond the day following the funeral. During such period he shall be granted special leave with pay for those days which would have been regularly scheduled working days. In addition, he may be granted up to three (3) days' special leave with pay for the purpose of travel to and from the place of the funeral. [Emphasis added.]

a) Lorsqu'un membre de sa proche famille décède, l'employé a droit à un congé de deuil d'une durée maximum de quatre (4) jours civils consécutifs qui ne peut s'étendre au-delà du lendemain des obsèques. Au cours d'une telle période, il bénéficie d'un congé spécial payé qui s'applique aux jours qui pour lui sont normalement des jours ouvrables. En plus, il peut bénéficier d'un maximum de trois (3) jours de congé spécial payé pour voyager à destination ou en provenance du lieu des obsèques. [Je souligne.]

Judgments

Canadian Human Rights Tribunal (1989), 10 C.H.R.R. D/6064

Les jugements

Tribunal canadien des droits de la personne (1989), 10 C.H.R.R. D/6064

The Tribunal identified the fundamental question as being whether the denial of a bereavement leave was based on the prohibited ground of "family status". It noted that the interpretation of the term "family status" must be governed by the Act itself, and by the principles of interpretation of human rights codes established in the jurisprudence. The Tribunal found that the meaning of the term "family status" in s. 3 of the Act was ambiguous, and that certain interpretive aids were of little assistance. The Parliamentary record was inconclusive, there was no general understanding because of diverging societal views on homosexuality, and the "plain meaning rule" could not apply to a term which was as ambiguous as "family status". In the Tribunal's opinion, the term "family

Le Tribunal a identifié la question fondamentale en l'instance comme consistant à déterminer si le refus d'un congé de deuil était basé sur le motif de distinction illicite fondé sur la «situation de famille». Il a indiqué que l'interprétation de l'expression «situation de famille» doit reposer sur la Loi même, ainsi que sur les principes d'interprétation des codes des droits de la personne établis par la jurisprudence. Le Tribunal a conclu que l'expression «situation de famille» à l'art. 3 de la Loi est ambiguë et que certaines techniques d'interprétation sont peu utiles. De plus, le dossier parlementaire n'est pas concluant; on ne s'entend pas sur le sens de cette expression, compte tenu des points de vue divergeants dans la société sur la question de l'homosexualité, et la «règle du sens ordinaire» ne

status” had to be assigned a meaning which was both reasonable and consonant with the context of the term, the intention of Parliament, and the object and scheme of the Act. Testing the terms against an understanding of how people were living and how language reflects reality, the Tribunal found that the Act was not meant to promote certain types of status over others, and that same-sex couples were not *prima facie* excluded from the scope of “family status”.

Noting that a collective agreement is the type of agreement subject to s. 10(b) of the Act, the Tribunal examined the provisions related to bereavement leave, and found that the benefit was available to an employee upon the death of members of the “immediate family”. As the definition of “immediate family” in arts. 19.02 and 2.01(s) of the collective agreement included certain legal and factual relationships while excluding others, the Tribunal concluded that the agreement treated some families differently than others, that the collective agreement deprived Mr. Mossop of the employment opportunity of bereavement leave on a prohibited ground of discrimination, “family status”, and that Treasury Board and CUPTE, in entering into the agreement, had committed a discriminatory practice under s. 10(b) of the Act.

The Tribunal ordered that a day of bereavement leave be designated, that the holiday leave credit which had been used to account for Mr. Mossop’s absence be restored, that Treasury Board and CUPTE each pay Mr. Mossop \$250 to compensate for injury to his feelings and self-respect, that Treasury Board and CUPTE cease to apply arts. 19.02 and 2.01(s) of the collective agreement in so far as they do not allow bereavement leave in situations where a person would meet the definition of “common law spouse” except for the sex of that person, and that the collective agreement be amended so that the definition of common-law

peut s’appliquer à une expression aussi ambiguë que «situation de famille». De l’avis du Tribunal, cette expression doit recevoir une interprétation à la fois raisonnable et compatible avec le contexte dans lequel elle est utilisée, l’intention du Parlement ainsi que l’objet et l’esprit de la Loi. Après avoir analysé l’expression au regard de la façon dont les gens vivent et de la réalité que reflète le langage, le Tribunal a conclu que la Loi ne visait pas à favoriser certains types de statuts plutôt que d’autres et que l’on ne pouvait à première vue exclure les couples de même sexe de la définition de «situation de famille».

Estimant qu’une convention collective est le type d’entente visée par l’al. 10(b) de la Loi, le Tribunal a examiné les dispositions concernant le congé de deuil et conclu que cet avantage était offert à un employé au moment du décès des membres de sa «proche famille». Comme la définition de «proche famille» à l’art. 19.02 et à l’al. 2.01(s) de la convention collective inclut certaines relations juridiques et factuelles et en exclut d’autres, le Tribunal a conclu que la convention collective accordait un traitement différent à certains types de situations de famille par rapport à d’autres, qu’elle privait M. Mossop d’un bénéfice d’emploi, soit un congé de deuil, pour le motif de distinction illicite fondé sur «la situation de famille», et que le Conseil du Trésor et le SCEPT, lors de la conclusion de la convention, ont commis un acte discriminatoire selon le par. 10(b) de la Loi.

Le Tribunal a ordonné qu’une journée de congé de deuil soit désignée, que la journée de congé annuel utilisée pour justifier son absence soit créditée à M. Mossop, que le Conseil du Trésor et le SCEPT versent à M. Mossop la somme de 250 \$ chacun pour atteinte à ses sentiments et à son amour-propre, que le Conseil du Trésor et le SCEPT cessent d’appliquer l’art. 19.02 et l’al. 2.01(s) de la convention collective en autant qu’ils ne prévoient pas de congé de deuil dans les cas où une personne répondrait à la définition de «conjoint de droit commun», sauf pour ce qui est du sexe de cette personne, et que la convention collective soit modifiée, de façon que la définition de «conjoint de droit commun» s’applique aux per-

spouse include persons of the same sex who would meet the definition in its other respects.

Federal Court of Appeal, [1991] 1 F.C. 18

Marceau J.A. stated that any error of law by a Canadian Human Rights Tribunal is reviewable on an application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*. In his opinion, since there was no privative clause immunizing the decisions of the Human Rights Tribunal, the Court had a duty to intervene in the face of any error on a question of legal interpretation. He held that the Tribunal had committed such an error of law in interpreting the term "family status" in the Act as including a same-sex relationship.

While agreeing that human rights legislation has often been said to be quasi-constitutional, Marceau J.A. expressed the view that a "living-tree" approach should not be taken towards interpreting such legislation. He felt that, in so doing, a tribunal would step outside the bounds of its constitutional responsibilities and usurp the function of Parliament. He rejected the Tribunal's functional or sociological approach, finding that though there may be room for extension of the term, the core meaning of "family" is well understood. Marceau J.A. considered it noteworthy that the word "family" did not appear in isolation, but was coupled with the word "status". He opined that status is primarily a legal concept, and that only through a legal approach could one arrive at a proper understanding of the phrase "family status". He commented that, in his view, the purpose of the 1983 amendment of the Act was to have the English text express what the French text was already saying. Thus, though the French text of the Act refers to "*situation de famille*" rather than "*statut familial*", he concluded that the French term must be taken to express the narrower meaning rendered by the English text.

In any event, Marceau J.A. was of the opinion that it was sexual orientation and not "family status" which was the real ground of discrimination involved. At the time, sexual orientation was not a

sonnes de même sexe au regard des autres éléments de la définition.

Cour d'appel fédérale, [1991] 1 C.F. 18

^a

Le juge Marceau précise que toute erreur de droit commise par un tribunal des droits de la personne peut être révisée dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. À son avis, puisqu'il n'y a pas de clause privative qui protège les décisions d'un tribunal des droits de la personne, la cour se doit d'intervenir relativement à toute erreur sur une question d'interprétation qui relève strictement du droit. Il conclut que le Tribunal a commis une telle erreur de droit en interprétant l'expression «situation de famille» dans la Loi, comme comprenant les couples de même sexe.

^d

Tout en étant d'accord que les lois sur les droits de la personne ont souvent été considérées comme étant de nature quasi constitutionnelle, le juge Marceau est d'avis que l'approche de «l'arbre vivant» ne devrait pas servir à interpréter ces lois. Il estime que, ce faisant, le tribunal outrepasserait le cadre de ses responsabilités constitutionnelles, usurpant ainsi la fonction du Parlement. Il rejette l'approche fonctionnelle ou sociologique adoptée par le Tribunal, concluant que, bien que la notion de «famille» puisse être étendue, le sens premier de ce mot est bien compris. Il juge, notamment, que le terme «famille» n'est pas employé seul dans la Loi, mais qu'il est associé au mot «situation», ou «*status*» dans le texte anglais. À ses yeux, «*status*» est d'abord et avant tout une notion juridique et seule une approche juridique peut mener à une compréhension correcte de ce que signifie l'expression «*family status*». Il est d'avis que la modification de la Loi en 1983 visait précisément à exprimer en anglais ce que le texte français disait déjà. En conséquence, bien que le texte français ne parle pas de «statut familial», mais de «situation de famille», il conclut que le texte français doit avoir le sens plus restreint du texte anglais.

^j

À tout événement, le juge Marceau est d'avis que c'est l'orientation sexuelle, et non la «situation de famille», qui est ici le véritable motif de distinction illicite. À l'époque, l'orientation sexuelle ne

prohibited ground under s. 3 of the Act, and he remarked that the fact that sexual orientation is a prohibited ground of discrimination under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not relevant to the issue of the proper characterization of the issue here. In his words, at p. 38:

... 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.

Stone J.A. (Heald J.A. concurring) agreed with the result reached by Marceau J.A. He commented on three additional aspects of the appeal. First, in his view, the determination of Parliament's objective in adding "family status" as a prohibited ground of discrimination was essential to interpreting the term correctly. Since, prior to the adoption of an amendment on July 1, 1983, the original English text of the Act included only "marital status" whereas the original French text included only "*situation de famille*", Stone J.A. concluded that the amendment was introduced to resolve a discrepancy between the two texts, and that accordingly, the term "family status" did not expand the scope of the Act to provide protection against discrimination based on sexual orientation. Secondly, he noted that the question of whether the term "family status" includes or excludes common law relationships was not at issue. Finally, with respect to the *Charter* issue, Stone J.A. expressed the view that, while human rights legislation should be interpreted in a broad and purposive manner, he did not accept that the *Charter* mandates that the courts ascribe to a statutory term a meaning which it was not intended to possess. Having already decided that the term "family status" did not import sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, he concluded that the *Charter* could not alter the construction of the term.

figurait pas parmi les motifs de distinction illicite énumérés à l'art. 3 de la Loi et le juge Marceau fait remarquer que le fait que l'orientation sexuelle soit une forme de discrimination prohibée par la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas pertinent en ce qui concerne la question de la qualification de la question en litige. Dans ses mots, à la p. 38:

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.

Le juge Stone (avec l'appui du juge Heald) est d'accord avec la conclusion du juge Marceau. Il commente trois autres aspects de l'appel. Premièrement, à son avis, il est essentiel, lorsqu'il s'agit d'interpréter correctement l'expression en cause, d'examiner l'objectif que visait le Parlement lorsqu'il a ajouté les expressions «*family status*» et «*état matrimonial*» aux motifs de distinction illicite. Avant l'adoption de la modification du 1^{er} juillet 1983, le texte anglais original de la Loi comprenait seulement l'expression «*marital status*», tandis que le texte français ne comprenait que l'expression «*situation de famille*»; de l'avis du juge Stone, cette modification avait pour objet de résoudre une différence entre les deux textes et, en conséquence, l'expression «*family status*» n'a pas élargi la portée de la Loi de façon à offrir une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Deuxièmement, il fait remarquer que le présent litige ne vise pas à déterminer si l'expression «*situation de famille*» inclut ou exclut les unions de fait. Enfin, en ce qui concerne l'argument fondé sur la *Charte*, selon le juge Stone, les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation large et fondée sur l'objet, mais il n'admet pas 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. Comme il est d'avis que l'expression «*situation de famille*» ne comprend pas l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, il conclut que la *Charte* ne peut venir en modifier l'interprétation.

Issues

I would formulate the issues in this case differently than the majority in order to more accurately reflect my view of the case:

1. What is the standard of review of decisions of administrative tribunals on questions of law arising out of a tribunal's interpretation of its own enabling legislation?
2. Did the Tribunal's interpretation of the term "family status" in s. 3 of the Act meet the proper standard of review?
3. Did the Tribunal's conclusion that art. 19.02 of the collective agreement entered into between the Treasury Board and CUPTÉ infringes s. 3 of the Act meet the proper standard of review?

Standard of Review

Courts and academic writers have invested, as Brian Langille puts it in "Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility" (1986), 17 *R.G.D.* 169, at p. 183, "imperial of ink" in addressing the problem of the proper institutional relationship between courts and administrative bodies. Specifically, under what conditions should courts intervene and substitute their views for the views of administrative bodies which have been given legislative mandates to deal with particular subject matters? It is no simple task to develop an approach to this question given the complex inter-relationship of important and sometimes competing values and considerations.

On the one hand, there is the desire to respect legislative intention to create administrative bodies which can deal with issues in an economically efficient and expeditious fashion. There is a certain value in "finality", and the economic value in such systems may be reduced where appeals through the courts are readily available. Further, administrative

Les questions en litige

Je formulerais les questions en litige différemment de la majorité afin de mieux refléter ma compréhension du pourvoi:

1. Quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions d'un tribunal administratif sur des questions de droit découlant de son interprétation de sa propre loi constitutive?
2. L'interprétation donnée par le Tribunal à l'expression «situation de famille» à l'art. 3 de la Loi rencontre-t-elle la norme de contrôle applicable?
3. La conclusion du Tribunal que l'art. 19.02 de la convention collective entre le Conseil du Trésor et le SCEPT contrevient à l'art. 3 de la Loi rencontre-t-elle la norme de contrôle applicable?

La norme de contrôle

Les tribunaux et les commentateurs ont fait [TRADUCTION] «couler beaucoup d'encre» comme l'affirme Brian Langille dans son article «Judicial Review, Judicial Revisionism and Judicial Responsibility» (1986), 17 *R.G.D.* 169, à la p. 183, relativement à l'étude du problème du rapport institutionnel adéquat entre les cours de justice et les organismes administratifs. Plus particulièrement, à quelles conditions une cour de justice devrait-elle intervenir et substituer son opinion à celle d'un organisme administratif qui s'est vu conférer par la loi le mandat de se prononcer sur des questions particulières? Ce n'est pas une tâche facile que d'élaborer une démarche sur cette question, compte tenu de l'interrelation complexe de valeurs et de considérations importantes qui parfois même se chevauchent.

D'une part, doit être respectée l'intention du législateur de créer des organismes administratifs qui peuvent trancher des questions d'une façon économiquement efficace et expéditive. Le «caractère définitif» de la décision de l'organisme administratif est souhaitable, mais la valeur économique de ce type de système peut être diminuée par des appels trop faciles devant les cours de justice. De plus, un organisme administratif est susceptible

bodies may develop valuable expertise in dealing with particular issues.

On the other hand, there is great variety and diversity among administrative bodies, and not all administrative bodies are specialized or have equal expertise. Since some administrative bodies have a greater potential than others to impact on personal rights and freedoms, it may not be desirable to have one unilateral standard of deference. Further, there is a need to ensure that economic efficiency does not come at the expense of the vulnerable. Finality is a hollow victory where obtained in a manner not according with principles of fundamental justice. In order to maintain public confidence in administrative systems, there is also the need to guard against potential administrative abuse of authority.

Given this diversity and the factors listed above, it is no simple task to devise a model for negotiating the relationship between courts and administrative bodies. However, it has been mediated primarily through the device of judicial review. The central principle of judicial review can be articulated with relative simplicity. As McLachlin J. for the majority noted in *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669, "Courts should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals".

The principle of deference is not automatic. It is well settled that, despite a generally deferential stance, courts will intervene in the face of a jurisdictional error, or a patently unreasonable error of fact or law (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("C.U.P.E."); *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412;

d'acquérir une expertise profitable lorsqu'il traite de questions particulières.

D'autre part, il existe une grande diversité d'organismes administratifs; ces organismes ne sont pas tous spécialisés et n'ont pas tous le même degré d'expertise. Comme certains organismes administratifs sont plus susceptibles que d'autres de rendre des décisions qui auront une incidence sur les droits et les libertés individuels, il n'est peut-être pas souhaitable d'avoir un seul critère de déférence. Par ailleurs, il est nécessaire de s'assurer que l'efficacité économique ne se réalise pas au détriment de personnes vulnérables. Le caractère définitif d'une décision n'est qu'une fausse victoire si les moyens utilisés ne respectent pas les principes de justice fondamentale. Afin de maintenir la confiance du public dans les organismes administratifs, il est nécessaire de se prémunir contre les abus de pouvoir possibles.

Compte tenu de cette diversité et des facteurs qui viennent d'être énumérés, il n'est pas facile d'élaborer un modèle qui permettra d'aménager la relation entre les cours de justice et les organismes administratifs. À cette fin, on s'est principalement servi du contrôle judiciaire. Le principe essentiel du contrôle judiciaire peut être formulé en termes relativement simples. Comme le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, l'a indiqué dans l'arrêt *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 669: «Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés».

Le principe de retenue judiciaire n'est pas automatique. Il est bien établi que, bien qu'elles fassent généralement preuve de retenue, les cours de justice réviseront la décision d'un tribunal administratif si celui-ci a commis une erreur de compétence ou une erreur de fait ou de droit manifestement déraisonnable (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («S.C.F.P.»); *Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*,

Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon, [1985] 1 S.C.R. 596; *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 S.C.R. 564 (affirming Lambert J.A. dissenting (1985), 65 B.C.L.R. 145 (C.A.)); *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614 ("P.S.A.C."); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740, supra*. Though the principle can be stated with relative ease, its application may often involve difficulties. Some reflections on the rationale for deference may provide some insight into the task of determining when deference is appropriate.

The deferential stance is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers. The constituting statute provides some indication of the scope of jurisdiction which has been conferred on the administrative body. Though it is difficult to make pronouncements about legislative intent, it can be presumed that the legislature intended that more deference would be shown to bodies with broad powers than to bodies with highly circumscribed powers. Where a broader jurisdiction is given, it may be appropriate to conclude that more rather than less deference should be given. Similarly, where a board is given a clearly specified and defined jurisdiction, even if over a narrow subject matter, great deference may be given to decisions that fall within that area. The purpose of the statute may also provide some evidence as to the appropriate measure of deference.

[1984] 1 R.C.S. 269; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596; *STT c. British Columbia Telephone Co.*, [1988] 2 R.C.S. 564 (confirmant le juge Lambert, dissident (1985), 65 B.C.L.R. 145 (C.A.)); *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614 («A.F.P.C.»); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, précité*). Bien que ce principe puisse être de formulation relativement facile, son application peut souvent présenter des difficultés. Il y a lieu de s'arrêter un moment à la raison d'être du principe de retenue judiciaire pour mieux en saisir l'essence et déterminer quand elle est appropriée.

Le principe de retenue judiciaire repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués. La loi constitutive de ces organismes indique dans une certaine mesure l'étendue de la compétence qui leur est conférée. Bien qu'il soit difficile de faire des affirmations quant à l'intention du législateur, on peut présumer qu'il a voulu que l'on fasse preuve d'une plus grande retenue à l'égard des organismes possédant de larges pouvoirs qu'à l'égard de ceux possédant des pouvoirs très circonscrits. Dans les cas où une plus grande compétence a été conférée à un organisme, on peut plus facilement conclure qu'il y a lieu de faire preuve d'une plus grande retenue à son endroit. De même, lorsqu'un organisme se voit attribuer une compétence clairement précisée et délimitée, même si c'est sur un sujet restreint, on peut faire preuve d'une grande retenue judiciaire à l'égard des décisions qui se situent dans ce domaine. L'objet de la loi constitutive peut également être indicatif de la mesure de retenue judiciaire appropriée.

As a related matter, deference has often been linked to the existence of a privative clause. These clauses, which expressly limit access to court review, may provide further express evidence of legislative intent that courts should assume a more deferential role. It should be noted that while the principle of deference has often been applied in the presence of a privative clause, such clauses are not determinative. This Court has on several occasions reiterated that the absence of a privative clause does not necessarily result in review of all questions of fact and law. Estey J. (dissenting in part) in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, at pp. 274-75, stated that, even in the absence of a privative clause, a board's decisions on issues of fact, procedure and evidence should be beyond judicial reach, and that even matters of law should not be subject to review unless those errors were such as to assume "jurisdictional proportions". In my view, the privative clause is an important consideration, but does not definitively answer the question of whether or not deference would be appropriate in a given situation.

The rationale for deference also rests in part on an acceptance of the specialized nature of certain boards. Wilson J., in her concurring opinion in *National Corn Growers*, *supra*, commented that the increasingly deferential stance of the Court was in part linked to the increasing appreciation of the expertise of certain bodies. As she notes at p. 1336:

Part of this process has involved a growing recognition on the part of courts that they may simply not be as well equipped as administrative tribunals or agencies to deal with issues which Parliament has chosen to regulate through bodies exercising delegated power, e.g., labour relations, telecommunications, financial markets and international economic relations. Careful management of these sectors often requires the use of experts who

On a aussi souvent lié la question de retenue judiciaire à l'existence d'une clause privative. Ces clauses, qui limitent explicitement le recours au contrôle judiciaire, peuvent fournir des indices précis additionnels quant à l'intention du législateur d'exiger une plus grande retenue de la part des cours de justice. Bien que le principe de retenue judiciaire ait souvent été appliqué en présence d'une clause privative, l'existence d'une telle clause n'est pas déterminante. Notre Cour a réitéré à plusieurs reprises que l'absence de clause privative ne donne pas nécessairement lieu à un contrôle judiciaire sur toutes les questions de fait et de droit. Le juge Estey (dissident en partie) dans l'arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, aux pp. 274 à 276, affirme que, même en l'absence d'une clause privative, les décisions d'un organisme administratif sur des questions de fait, de procédure et de preuve devraient échapper au contrôle judiciaire, et que cela devrait être également vrai pour les questions de droit, sauf en cas d'erreurs «à incidences juridictionnelles». À mon avis, l'existence d'une clause privative est une considération importante, mais elle ne permet pas de trancher catégoriquement la question de retenue judiciaire dans une situation donnée.

La justification de la retenue judiciaire repose également en partie sur l'acceptation de la nature spécialisée de certains organismes administratifs. Le juge Wilson, dans ses motifs concordants dans l'arrêt *National Corn Growers*, précité, indique que la retenue de plus en plus grande dont la Cour fait preuve est en partie liée à la reconnaissance accrue qu'elle a de l'expertise de certains organismes administratifs. Elle affirme à la p. 1336:

C'est là un processus qui s'est traduit notamment par une reconnaissance accrue de la part des cours de justice qu'il se peut qu'elles soient simplement moins en mesure que les tribunaux ou organismes administratifs de statuer dans des domaines que le Parlement a choisi de réglementer par l'intermédiaire d'organismes exerçant un pouvoir délégué, comme, par exemple, les relations de travail, les télécommunications, les marchés financiers et les relations économiques internationales. Une gestion prudente de ces secteurs nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années

have accumulated years of experience and a specialized understanding of the activities they supervise.

Courts have also come to accept that they may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency's constitutive statute that make sense given the broad policy context within which that agency must work.

The Court has given recognition to the importance of expertise. In *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, Gonthier J. observed that, even where a court is granted statutory appellate jurisdiction over a board, "curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise". In *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, in which I was dissenting, but not on this point, Sopinka J., for the majority, further added at p. 338 that "curial deference will apply even to cases without privative clauses to reflect the principle of the specialization of duties". (It should be noted here that the legislation at issue in *Zurich, supra*, not only included a clause providing for an appeal on any question of law or fact, but also expressly allowed for an appellate court to substitute its own findings for that of the Board.) (See also *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at p. 1321.) A related consideration is the connection of the board to the context. That is, even a body made up of "non-specialists" may develop a certain "field-sensitivity" where that body is in a position of proximity to the community and its needs. Where the question is one that requires a familiarity with and understanding of the context, there is a stronger argument that a higher degree of deference may be appropriate.

d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller.

Les cours de justice ont également fini par se faire à l'idée qu'elles ne sont peut-être pas aussi bien qualifiées qu'un organisme administratif déterminé pour donner à la loi constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme.

Notre Cour a reconnu l'importance de l'expertise. Dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, le juge Gonthier fait remarquer que, même dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, «les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise». Dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, où je suis dissidente, mais non sur ce point, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, ajoute à la p. 338 qu'«un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n'existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions». (Il y a lieu de signaler ici que la loi contestée dans l'arrêt *Zurich*, précité, comprenait non seulement une disposition prévoyant un appel sur toute question de droit ou de fait, mais permettait aussi expressément à une cour d'appel de substituer son opinion à celle de la Commission.) (Voir aussi l'arrêt *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, à la p. 1321.) Une considération qui s'y rattache est la façon dont l'organisme administratif se situe dans un contexte donné. Même un organisme composé de «profanes» peut développer une certaine «sensibilisation à un domaine» lorsque cet organisme est en mesure de coller à la collectivité et à ses besoins. Dans le cas où la question à trancher en est une qui nécessite une certaine familiarité avec le sujet et une compréhension du contexte, un plus haut degré de déférence peut être approprié et l'argument à cet effet aura sûrement plus de poids.

The rationale for deference is also influenced by the nature of the question or interest being considered. Some questions are appropriately left to boards, others should be determined by courts. Courts have recognized that statutory interpretation is not such a strict science, and that there are situations where it may be less appropriate to speak of "the correct answer", and more appropriate to speak about ranges of acceptable answers. Where the answer depends upon a policy choice, the question is simply who is best placed to make those choices. Where the administrative body has the jurisdiction to make policy choices, there are good reasons for the court to show a more deferential stance. However, there are questions where it would be clearly inappropriate to defer. Constitutional questions, for example, are not appropriate ones for showing deference. This is not to say that administrative boards are not competent to hear these concerns. This Court has clearly stated that administrative bodies can play a role in such determinations, and can be of great assistance in compiling the record. The standard of review on such questions, however, will be one of correctness. (See *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.)

The rationale for deference may differ depending on whether the question is one of fact or of law. In general, deference is given on questions of fact because of the "signal advantage" enjoyed by the primary finder of fact. Less deference is warranted on questions of law, in part because the finder of fact may not have developed any particular familiarity with issues of law. While there is merit in the distinction between fact and law, the distinction is not always so clear. Specialized boards are often called upon to make difficult findings of both fact and law. In some circumstances, the two are inextricably linked. Further, the "correct" interpretation of a term may be dictated by the mandate of the board and by the coherent body

Le degré de retenue judiciaire est également fonction de la nature de la question ou de l'intérêt visé. Certaines questions devraient être laissées à l'appréciation de l'organisme administratif, d'autres à celle des cours de justice. Celles-ci ont reconnu que l'interprétation des lois n'est pas une science nécessairement stricte, et qu'il y a des cas où il est moins approprié de parler de «réponse juste», plutôt que d'une gamme de réponses acceptables. Si la réponse repose sur un choix de principe, la question est simplement de savoir qui est en meilleure position pour faire ce choix. Si l'organisme administratif a la compétence de faire des choix de principe, la cour de justice a alors de bonnes raisons de faire preuve d'une plus grande retenue. Toutefois, dans certains cas, il sera clairement inapproprié de faire preuve de déférence. Les questions constitutionnelles, par exemple, sont de celles-là. Cela n'implique pas que les organismes administratifs n'aient pas la compétence requise pour les entendre. Notre Cour a clairement précisé que les organismes administratifs peuvent jouer un rôle à ce niveau et qu'ils peuvent grandement contribuer à compiler le dossier. Toutefois, dans ces cas, la norme de contrôle sera fondée sur la «justesse» de la décision rendue. (Voir les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.)

La justification de la retenue judiciaire peut être différente selon qu'il s'agit d'une question de fait ou de droit. Les cours de justice font généralement preuve de retenue à l'égard des questions de fait en raison de «l'avantage capital» dont jouit le juge des faits. Toutefois, elles font preuve d'une moins grande retenue relativement à des questions de droit, notamment parce que le juge des faits n'a peut-être pas acquis une connaissance particulière des questions de droit. Bien qu'il existe une distinction entre les questions de fait et de droit, cette distinction n'est pas toujours évidente. Les organismes spécialisés sont souvent appelés à se prononcer sur des questions de fait et de droit difficiles. Il arrive que les deux soient inextricablement

of jurisprudence it has developed. In some cases, even where courts might not agree with a given interpretation, the integrity of certain administrative processes may demand that deference be shown to that interpretation of law.

As this discussion makes clear, there are a variety of reasons intermingled in the generally deferential stance. This intermingling makes it difficult to devise a strict set of rules or criteria applicable to all situations. Not all boards will be entitled to the same measure of deference, and even boards with a great deal of expertise may from time to time err in a manner that mandates intervention. In brief, deference will not always be appropriate, and courts should not blindly abandon their inherent supervisory role, which is one of their most important inherent powers. (*Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220). As I noted in *TWU v. British Columbia Telephone Co.*, *supra*, at p. 586 (dissenting in the result):

The two principles of non-intervention within jurisdiction, on the one hand, and judicial review of excess of jurisdiction, on the other, are principles of equal importance in the area of administrative law, and one cannot be allowed to override the other.

It is one thing for a court to defer to a specialized body acting within its jurisdiction, and quite another to refuse to properly exercise its supervisory power where appropriate. The difficulty is in determining whether deference is warranted in a specific case. The best approach to this quandary is one which recognizes the need for flexibility. In *Douglas Aircraft*, *supra*, at p. 278, Estey J. observed:

[Judicial review] is and must remain a remedy with adaptable flexibility. The administrative juridical mechanism itself is still growing and evolving. With it will

liées. En outre, l'interprétation «juste» d'un terme peut dépendre du mandat de l'organisme et de la jurisprudence homogène qu'il a élaborée. Dans certains cas, même si une cour de justice n'est pas d'accord avec une interprétation donnée, l'intégrité de certains mécanismes administratifs pourrait bien exiger qu'elle fasse preuve de retenue relativement à cette interprétation du droit.

Comme cette discussion l'indique clairement, le principe général de retenue judiciaire touche toute une gamme de questions interreliées. Il est en conséquence difficile de formuler un ensemble de règles ou de critères rigides applicables à toutes les situations. Les cours de justice ne feront pas preuve du même degré de retenue à l'endroit de tous les organismes administratifs; même les organismes fort spécialisés peuvent à l'occasion commettre une erreur qui justifiera une intervention judiciaire. Bref, la déférence ne sera pas toujours appropriée et les cours de justice ne devraient pas abandonner aveuglement le rôle de surveillance qui leur est propre et qui est parmi leurs pouvoirs les plus importants (*Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220). Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *STT c. British Columbia Telephone Co.*, précité, (où j'étais dissidente quant au résultat), à la p. 586:

Les deux principes de non-intervention lorsqu'il y a compétence, d'une part, et de contrôle judiciaire lorsqu'il y a excès de compétence, d'autre part, sont des principes d'égale importance en droit administratif et l'un ne saurait avoir préséance sur l'autre.

C'est une chose pour une cour de justice de faire preuve de retenue à l'endroit d'un organisme spécialisé agissant dans son domaine de compétence, c'en est une autre que de refuser d'exercer son pouvoir de surveillance lorsque cela s'impose. La difficulté consiste à déterminer s'il est justifié de faire preuve de retenue judiciaire dans un cas donné. La meilleure approche pour résoudre ce dilemme est de reconnaître qu'il est nécessaire de faire preuve de souplesse. Dans l'arrêt *Douglas Aircraft*, précité, à la p. 278, le juge Estey affirme:

... il s'agit [le contrôle judiciaire] d'un recours souple, et qui doit le rester. Le système juridique administratif lui-même continue à croître et à évoluer. L'interrelation

grow and evolve the concomitant interrelationship between the administrative tribunal and the superior court. . .

Such flexibility is found where review takes place in line with the "rational compass of the statute" (see P. Weiler, "The 'Slippery Slope' of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970" (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 33). This Court has favoured this approach which J. H. Grey has commented upon in "Sections 96 to 100: A Defense" (1985), 1 *Admin. L.J.* 3, at p. 11:

There is no single immutable standard of justice to be applied to all judicial decisions or fairness to be applied to administrative ones What *Crevier* does entrench is *some* degree of review. The courts will not interfere at the same moment on all issues or against all tribunals. However, they now clearly possess a constitutional right to step in when the bounds of tolerance are exceeded by any decision-maker. Clearly, the precise location of the bounds of tolerance is left to the court and that is quite consistent with the general trends in modern administrative law. [Emphasis in original.]

The task for courts is, in light of the value of deference, to determine the appropriate standard of review in a given context. The pragmatic and functional approach articulated by Beetz J. for the Court in *Bibeault*, *supra*, provides, in my opinion, the proper framework and the question to ask is the one he set out at p. 1087: "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal"?

In that case, Beetz J. emphasized that the concept of jurisdiction is the foundation of judicial review, and that it cannot be emptied of its meaning or content. He clarified its meaning in the context of judicial review at p. 1090:

Jurisdiction *stricto sensu* is defined as the power to decide. The importance of a grant of jurisdiction relates not to the tribunal's capacity or duty to decide a question but to the determining effect of its decision. As S.

entre les tribunaux administratifs et les cours supérieures croîtra et évoluera . . .

Cette souplesse existe si le contrôle est effectué d'une façon compatible avec la [TRADUCTION] «portée rationnelle de la loi» (voir P. Weiler, «The 'Slippery Slope' of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950-1970» (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 1, à la p. 33). Notre Cour a favorisé cette démarche qui a fait l'objet des commentaires de J. H. Grey dans: «Sections 96 to 100: A Defense» (1985), 1 *Admin. L.J.* 3, à la p. 11:

[TRADUCTION] Il n'existe pas de critère de justice unique et immuable applicable à toutes les décisions judiciaires ou de critère d'équité applicable aux décisions administratives [. . .] L'arrêt *Crevier* consacre un *certain* degré de contrôle. Les cours de justice n'interviendront pas en même temps relativement à toutes les questions ou à l'encontre de tous les tribunaux administratifs. Toutefois, elles ont maintenant clairement un droit constitutionnel d'intervenir dans les cas où un décideur outre-passe le seuil de tolérance. De toute évidence, il appartient à une cour de justice de déterminer ce seuil de tolérance et cela est tout à fait conforme aux tendances générales du droit administratif moderne. [En italique dans l'original.]

La tâche des cours de justice, vu la valeur importante que représente la retenue judiciaire, est de déterminer la norme de contrôle qui convient dans un contexte donné. À mon avis, l'approche pragmatique et fonctionnelle préconisée par le juge Beetz de notre Cour dans l'arrêt *Bibeault*, précité, est la formule toute désignée et il y a lieu de se poser la question qu'il a formulée à la p. 1087: «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?»

Dans cet arrêt, le juge Beetz fait ressortir que le concept de compétence est le fondement du contrôle judiciaire, et que l'on ne peut le vider de son sens ou de son contenu. Il a précisé le sens de ce concept dans le contexte du contrôle judiciaire à la p. 1090:

La compétence, *stricto sensu*, se définit comme le pouvoir de décider une question. L'importance d'un octroi de compétence se rattache non pas à la faculté ou à l'obligation du tribunal de traiter d'une question, mais

A. de Smith points out, the tribunal's decision on a question within its jurisdiction is binding on the parties to the dispute. . . . The true problem of judicial review is to discover whether the legislator intended the tribunal's decision on these matters to be binding on the parties to the dispute, subject to the right of appeal if any.

If the question is one which was intended to be within a board's jurisdiction, the role of the courts is a superintending one, and intervention will be warranted only where the decision is patently unreasonable. This view, according to Beetz J. at p. 1090:

. . . puts renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts. When an administrative tribunal exceeds its jurisdiction, the illegality of its act is as serious as if it had acted in bad faith or ignored the rules of natural justice. The role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. Yet, the importance of judicial review implies that it should not be exercised unnecessarily, lest this extraordinary remedy lose its meaning. [Emphasis added.]

The concept of jurisdiction has been criticized by some as overly vague. As many writers have commented, concepts such as "jurisdiction" and "patently unreasonable" seem highly subjective, and do not appear to provide an objective set of criteria. (See P. L. Bryden, "Case Comment: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 580; A. J. Roman, "The Pendulum Swings Back" (1991), 48 *Admin. L.R.* 274; J. M. Evans, "Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism" (1991), 48 *Admin. L.R.* 255; D. J. Mullan, "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review" (1991), 45 *Admin. L.R.* 264; D. Mullan, "The Re-Emergence of Jurisdictional Error" (1985), 14 *Admin. L.R.* 326.)

In *Bibeault*, *supra*, Beetz J. was not unaware of these difficulties. He clearly recognized that, though the principle of jurisdiction is simple, its

au caractère déterminant de sa décision. Comme S. A. de Smith le souligne, la décision du tribunal sur une question qui relève de sa compétence lie les parties au litige. [. . .] Le véritable problème du contrôle judiciaire est de savoir si le législateur veut que la décision du tribunal sur ces questions lie les parties au litige, sous réserve du droit d'appel, s'il en est.

Si la question relève du champ de compétence du tribunal administratif, la cour de justice aura un rôle de surveillance seulement, et elle n'interviendra que dans le cas où la décision rendue est manifestement déraisonnable. Ce point de vue, selon le juge Beetz, à la p. 1090:

. . . met de nouveau l'accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures. Quand un tribunal administratif excède sa compétence, l'illégalité de son acte est aussi grave que s'il avait agi de mauvaise foi ou avait ignoré les règles de la justice naturelle. Le rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu'il bénéficie d'une protection constitutionnelle: *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Par ailleurs, l'importance du contrôle judiciaire implique qu'on ne devrait pas y avoir recours sans nécessité, sinon ce recours extraordinaire perdrait tout son sens. [Je souligne.]

Certains ont critiqué le concept de compétence à cause de son caractère trop vague. Comme de nombreux auteurs l'ont souligné, les concepts de «compétence» et d'erreur «manifestement déraisonnable» semblent très subjectifs, et ne semblent pas offrir un test objectif. (Voir P. L. Bryden, «Case Comment: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*» (1992), 71 *R. du B. Can.* 580; A. J. Roman, «The Pendulum Swings Back» (1991), 48 *Admin. L.R.* 274; J. M. Evans, «Jurisdictional Review in the Supreme Court: Realism, Romance and Recidivism» (1991), 48 *Admin. L.R.* 255; D. J. Mullan, «Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review» (1991), 45 *Admin. L.R.* 264; D. Mullan, «The Re-Emergence of Jurisdictional Error» (1985), 14 *Admin. L.R.* 326.)

Dans l'arrêt *Bibeault*, précité, le juge Beetz n'a pas nié ces difficultés. Il a clairement reconnu que, si le principe de compétence est simple, son appli-

application may nonetheless present difficulties. This is particularly so given the uncertainty inherent in language, and the related difficulty of relying on statutory texts to determine the bounds of a tribunal's jurisdiction. Application may become even more complex where the point in issue is whether or not the tribunal has the "jurisdiction" to determine the bounds of its own "jurisdiction". At p. 1087, Beetz J. remarked that there was unfortunately no simple test for making these determinations, "given the fluidity of the concept of jurisdiction and the many ways in which jurisdiction is conferred on administrative tribunals."

Because of the difficulties of application, it is important for courts to remain conscious of the rationale for deference. As former Chief Justice Laskin wrote in *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245, at p. 256:

It is rarely a simple matter to draw a line between a lawful and unlawful exercise of power by a statutory tribunal, however ample its authority, when there are conflicting considerations addressed to the exercise of power. This Court has, over quite a number of years, thought it more consonant with the legislative objectives involved in a case such as this to be more rather than less deferential to the discharge of difficult tasks by statutory tribunals like the Board.

Courts also must not lose sight of Dickson J.'s warning in *C.U.P.E.*, *supra*, at p. 233:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

In short, the approach articulated by this Court requires a focus on jurisdiction, a focus which accounts for the general values of deference, and the ease with which questions can be improperly branded as jurisdictional. Though it was first used

application présente néanmoins des difficultés. Cela est particulièrement vrai compte tenu de l'incertitude inhérente au langage, et de la difficulté connexe de se fonder sur un texte de loi pour déterminer les limites de compétence d'un tribunal administratif. L'application risque de devenir encore plus complexe dans le cas où la question en litige consiste à déterminer si le tribunal administratif a la «compétence» de déterminer les limites de sa propre «compétence». À la p. 1087, le juge Beetz indique qu'il n'y a malheureusement pas de règle simple pour répondre à ces questions «étant donné la nature fluide du concept de compétence et les multiples façons dont la compétence est conférée aux tribunaux administratifs».

En raison de ces difficultés d'application, il est important que les cours de justice demeurent conscientes de la raison d'être de la retenue judiciaire. Comme l'a précisé l'ancien juge en chef Laskin dans l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*, [1983] 1 R.C.S. 245, à la p. 256:

Il est très souvent difficile de distinguer entre un exercice légitime et un exercice illégitime d'un pouvoir par un tribunal administratif, quel qu'étendue que soit sa compétence, lorsque l'exercice du pouvoir comporte des considérations contradictoires. Depuis plusieurs années, cette Cour estime qu'il est plus conforme aux objectifs du législateur dans un cas comme celui-ci d'avoir plutôt plus que moins d'égards pour les tribunaux administratifs qui s'acquittent de tâches difficiles, comme c'est le cas du Conseil.

Les cours de justice ne doivent pas non plus ignorer l'avertissement du juge Dickson dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 233:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

Bref, l'approche préconisée par notre Cour exige de mettre l'accent sur la compétence, accent qui tient compte de la valeur que représente la retenue judiciaire ainsi que de la facilité avec laquelle une question peut être incorrectement qua-

in the context of a board protected by a privative clause, it is a principled approach of general application which does not focus on formal categories, but rather seeks to determine the rationale behind deference in a specific context. Using the pragmatic and functional approach, Beetz J. made it explicit in *Bibeault*, at p. 1088, that:

... the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

Implicitly here, one must ask: "Who should answer this question, the board or a court?" Without providing an exhaustive list, Beetz J. suggests that there are at least three general areas that can be considered: the statute or legislative text; the administrative body; and the nature of the problem involved. In the same vein, Dickson J. in *C.U.P.E.*, *supra*, at p. 236, suggested a similar group of characteristics that might lead a court to show more rather than less deference to an administrative tribunal's decisions. He considered such matters as: legislative intent to confide certain decisions to a board; broad supervisory and administrative powers given to a board; the need to balance several social goals; the sensitivity and expertise required by board members; and the existence of a privative clause. I note that the methodology suggested by both Beetz and Dickson JJ. is consistent with that proposed by H. W. MacLauchlan in "Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?" (1986), 36 *U.T.L.J.* 343. In this article MacLauchlan, though writing prior to *Bibeault*, *supra*, provides a helpful method of analysis which is consistent with the pragmatic and functional model articulated in that case.

lifiée de question de compétence. Bien qu'elle ait tout d'abord été utilisée dans le contexte d'un tribunal protégé par une clause privative, cette approche repose sur des principes d'application générale et ne met pas l'accent sur des catégories formelles, cherchant plutôt à reconnaître la raison d'être de la retenue judiciaire dans un contexte donné. Se fondant sur l'approche pragmatique et fonctionnelle, le juge Beetz mentionne expressément dans l'arrêt *Bibeault*, à la p. 1088 que:

... la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal.

Implicitement, il faut se demander: «Qui doit répondre à cette question, l'organisme administratif ou la cour de justice?» Sans en dresser une liste exhaustive, le juge Beetz précise qu'il faut examiner au moins trois aspects de nature générale: le texte législatif; l'organisme administratif; et la nature du problème soumis. Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 236, le juge Dickson propose un groupe analogue de caractéristiques susceptibles d'inciter un tribunal à faire preuve d'une plus grande plutôt que d'une moindre retenue à l'égard des décisions d'un tribunal administratif. Il examine notamment l'intention du législateur de confier à un organisme administratif un pouvoir de décision, les larges pouvoirs de surveillance et d'administration confiés à un organisme administratif, la nécessité d'établir un équilibre entre différents objectifs sociaux, la sensibilisation des membres et leurs connaissances particulières, ainsi que l'existence d'une clause privative. Je note que la méthodologie proposée par les juges Beetz et Dickson est compatible avec celle proposée par H. W. MacLauchlan dans «Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?» (1986), 36 *U.T.L.J.* 343. Dans cet article publié avant l'arrêt *Bibeault*, précité, MacLauchlan suggère une méthode utile d'analyse compatible avec le modèle pragmatique et fonctionnel formulé dans cet arrêt.

First, then, is an examination of the statute. In so doing, there are many questions that can be considered. What is the purpose of the board? To what social needs is it responding? What is the scope of powers that have been granted to it? Are these powers defined in broad or narrow terms? Does it have policy-making powers? Is there language suggesting that more or less deference should be given? Is there a privative clause?

Second, it is valuable to focus clearly on the board whose decision is being impugned. Is it a specialized board? Does it have a developed body of jurisprudence that guides it and functions as precedent? How are its members selected, and how do they participate in decision-making? Is there a context in which the members work that provides them with field-sensitivity or other advantages?

Third, the nature of the problem under scrutiny is an important consideration. Does the matter squarely or by implication fall within the powers of the board? Does it require specialized knowledge to answer? Would it best be decided in a context-specific setting, or is it a question of general application? Does the problem seem to have only one "correct" answer, or are there a variety of possible and reasonable interpretations? Does the integrity of the administrative scheme require that the problem be answered by the board? Are there reasons to think that a court would be better suited to deal with the matter? Does it involve a question of constitutional interpretation that would be inappropriately left to be determined by a board?

If, after considering these factors (the list is not necessarily exhaustive), one concludes that courts should answer the question, then the question is one which does not lie within the jurisdiction of the board and the test of correctness should apply. If one concludes that the question should be answered by the board, then the question is one within the board's jurisdiction and courts should

Il faut donc en premier lieu examiner la loi et répondre à de nombreuses questions. Quel est l'objet de l'organisme administratif? À quels besoins sociaux répond-il? Quelle est l'étendue des pouvoirs qui lui ont été conférés? Ces pouvoirs sont-ils définis en termes généraux ou circonscrits? L'organisme a-t-il des pouvoirs d'élaboration de politiques? Le libellé de la loi indique-t-il le degré de retenue dont il faut faire preuve? Y a-t-il une clause privative?

Deuxièmement, il est utile de mettre clairement l'accent sur l'organisme dont la décision est attaquée. S'agit-il d'un organisme spécialisé? L'organisme a-t-il développé une jurisprudence qui lui sert de guide et de précédent? Comment se fait la sélection des membres et comment ceux-ci participent-ils à la prise de décisions? Le contexte dans lequel les membres travaillent leur offre-t-il une sensibilisation à un domaine ou d'autres avantages?

Troisièmement, la nature du problème soumis est également importante. La question relève-t-elle explicitement ou implicitement des pouvoirs de l'organisme? L'organisme a-t-il besoin de connaissances spécialisées pour répondre à la question qui lui a été soumise? La question porte-t-elle sur un contexte spécifique ou est-elle d'application générale? Le problème est-il susceptible d'une seule réponse «juste» ou existe-t-il une gamme d'interprétations possibles et raisonnables? L'intégrité du processus administratif exige-t-elle que le problème soit réglé par l'organisme administratif? Y a-t-il des raisons de croire qu'une cour de justice serait mieux placée pour répondre à la question? Le problème porte-t-il sur une question d'interprétation constitutionnelle qu'il ne conviendrait pas de laisser à l'appréciation d'un organisme administratif?

Après examen de ces facteurs (cette liste n'est pas nécessairement exhaustive), si l'on conclut qu'elle devrait être tranchée par une cour de justice, la question ne relève pas de la compétence de l'organisme administratif et c'est le critère de la justesse de la décision qui devrait s'appliquer. Au contraire, si l'on conclut qu'elle doit être tranchée par l'organisme administratif, la question relève de

only intervene if the decision is patently unreasonable. By remaining focused on who is best placed to make the decision being challenged (even where that decision is a determination about the extent of jurisdiction), the pragmatic and functional approach offers the best method of determining whether deference or intervention is appropriate and merited in the specific situation.

This pragmatic approach is not a new standard of review. Courts have a history of determining the appropriate standard of review in accordance with the "rational compass of the statute". In *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, the Court found review to be appropriate as the *Ontario Human Rights Code* contained a very broadly worded statutory right of appeal. This provision was similar to one contained in the *Individual's Rights Protection Act* considered in *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103. In that case, Cory J. for the majority found that review was appropriate, and affirmed at p. 1125 that "the standard of review of decisions made by administrative bodies will always be governed by their empowering legislation." In *Zurich, supra*, the majority found it significant that the legislation contained a wide-ranging appeal clause which allowed appeals to the courts on questions of law or fact, and authorized a court to substitute its opinion for that of the board. The Court observed (at p. 337) that "the legislature was not of the opinion that the conclusions of the Board of Inquiry should be given great deference as a result of accumulated expertise or specialized understanding." As is clear from these decisions, the standard of review will vary from body to body, based on the legislation establishing the board or tribunal, the expertise of that body, and the nature of the question.

Regarding s. 28 of the *Federal Court Act*, I would note that a distinction is to be made between

la compétence de cet organisme et une cour de justice ne devrait intervenir que dans le cas où la décision rendue est manifestement déraisonnable. Comme elle se concentre sur la question de savoir qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée (même si la décision porte sur l'étendue de la compétence), l'approche pragmatique et fonctionnelle est la meilleure façon de déterminer s'il y a lieu de faire preuve de retenue ou d'intervenir dans une situation donnée.

Cette approche pragmatique n'est pas une nouvelle norme de contrôle. Les cours de justice ont depuis longtemps établi une norme de contrôle appropriée qui se conforme à la «portée rationnelle de la loi». Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, notre Cour a conclu qu'il y avait lieu à un contrôle judiciaire puisque le droit d'appel prévu dans l'*Ontario Human Rights Code* était formulé en termes très généraux. Cette disposition était semblable à celle de l'*Individual's Rights Protection Act* examinée dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103. Dans cet arrêt, le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu qu'il convenait d'exercer un contrôle judiciaire et il a affirmé, à la p. 1125, que «la norme de contrôle des décisions prises par des organismes administratifs est toujours régie par leur loi habilitante». Dans l'arrêt *Zurich*, précité, notre Cour, à la majorité, a noté l'importance du fait que la loi en question prévoyait un appel général sur des questions de droit ou de fait et autorisait une cour de justice à substituer son opinion à celle de la commission. Notre Cour fait remarquer (à la p. 337) que «le législateur n'était pas d'avis qu'il fallait faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de la commission d'enquête en raison de l'expertise accumulée par elle ou de ses connaissances spécialisées.» Il ressort clairement de ces décisions que la norme de contrôle varie d'un organisme à l'autre, selon la loi constitutive de l'organisme ou du tribunal administratif, son expertise et la nature de la question.

En ce qui concerne l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, j'estime qu'il existe une distinction

jurisdiction and discretion. Review is a discretionary remedy. Though courts have a discretionary power to review, this does not mean that it will always be appropriate to exercise that discretion. There is nothing in s. 28 that dictates review on every error of law. Given the rationale for deference, and the importance of the court's supervisory power, an error should be a serious one to merit a court's intervention. It may be useful to recall Dickson C.J.'s comments in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 464, that a reviewing court, whether pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* or to common law principles, must exercise its powers of review with caution and sensitivity:

A restrained approach to disturbing the decisions of specialized administrative tribunals, particularly in the context of labour relations, is essential if the courts are to respect the intentions and policies of Parliament and the provincial legislatures in establishing such tribunals . . .

It is with this background in mind that, in order to determine the appropriate standard of deference in the present instance, one has to inquire into the most appropriate adjudicator of the term "family status" in s. 3 of the Act. This involves a consideration of the Act, the Commission itself, and the nature of the problem involved. I first turn to the Act. The Act establishes a Human Rights Commission which is given broad powers in a highly specialized and sensitive area. The powers, duties and functions of the Commission are set out in s. 27:

27. (1) In addition to its duties under Part III with respect to complaints regarding discriminatory practices, the Commission is generally responsible for the administration of this Part and Parts I and III and

(a) shall develop and conduct information programs to foster public understanding of this Act and of the role and activities of the Commission thereunder and to foster public recognition of the principle described in section 2;

entre la compétence et le pouvoir discrétionnaire. Le contrôle judiciaire est un remède discrétionnaire. Bien qu'une cour de justice ait un pouvoir discrétionnaire de contrôle d'une décision, cela ne veut pas dire pour autant qu'il soit toujours approprié de s'en prévaloir. L'article 28 n'a pas pour effet d'exiger un contrôle judiciaire relativement à toute erreur de droit. Vu la raison d'être de la retenue judiciaire et l'importance du pouvoir de surveillance des cours de justice, seule une erreur grave justifiera leur intervention. Il est utile de reprendre les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la p. 464, qui a affirmé qu'un tribunal de contrôle, que ce soit en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou des principes de la common law, doit exercer ses pouvoirs avec précaution et doigté:

Il est essentiel que les tribunaux adoptent une attitude modérée à l'égard de la modification des décisions des tribunaux administratifs spécialisés, particulièrement dans le contexte des relations de travail, s'ils doivent respecter les intentions et les politiques du Parlement et des assemblées législatives des provinces qui les ont amenés à créer ces tribunaux . . .

C'est sur cette toile de fond que l'on doit, pour déterminer le degré de retenue judiciaire approprié ici, examiner quel est le forum le plus approprié pour interpréter l'expression «situation de famille» mentionnée à l'art. 3 de la Loi. Cela nécessite un examen de la Loi, de la Commission, ainsi que de la nature du problème en cause. J'examinerai tout d'abord la Loi qui crée la Commission canadienne des droits de la personne et lui confère de vastes pouvoirs dans un domaine hautement spécialisé et particulièrement délicat. Les pouvoirs et les fonctions de la Commission sont énoncés à l'art. 27:

27. (1) Outre les fonctions prévues par la partie III au titre des plaintes fondées sur des actes discriminatoires et l'application générale de la présente partie et des parties I et III, la Commission:

a) élabore et exécute des programmes de sensibilisation publique touchant le principe énoncé à l'article 2, la présente loi et le rôle et les activités que celle-ci lui confère;

(b) shall undertake or sponsor research programs relating to its duties and functions under this Act and respecting the principle described in section 2;

(c) shall maintain close liaison with similar bodies or authorities in the provinces in order to foster common policies and practices and to avoid conflicts respecting the handling of complaints in cases of overlapping jurisdiction;

(d) shall perform duties and functions to be performed by it pursuant to any agreement entered into under subsection 28(2);

(e) may consider such recommendations, suggestions and requests concerning human rights and freedoms as it receives from any source and, where deemed by the Commission to be appropriate, include in a report referred to in section 61 reference to and comment on any such recommendation, suggestion or request;

(f) shall carry out or cause to be carried out such studies concerning human rights and freedoms as may be referred to it by the Minister of Justice and include in a report referred to in section 61 a report setting out the results of each such study together with such recommendations in relation thereto as it considers appropriate;

(g) may review any regulations, rules, orders, by-laws and other instruments made pursuant to an Act of Parliament and, where deemed by the Commission to be appropriate, include in a report referred to in section 61 reference to and comment on any provision thereof that in its opinion is inconsistent with the principle described in section 2; and

(h) shall, so far as is practical and consistent with the application of Part III, endeavour by persuasion, publicity or any other means that it considers appropriate to discourage and reduce discriminatory practices referred to in sections 5 to 14.

The Act, as may be seen, endows the Commission with a wide range of powers and duties. The Commission must: hear and determine complaints regarding discriminatory practices; develop and conduct information programs to foster public understanding of the Act; undertake research programs which relate to its duties and functions; maintain liaisons with other bodies to foster common policies and practices; carry out studies concerning human rights; review regulations and other instruments made pursuant to Acts of Parliament;

b) entreprend ou patronne des programmes de recherche dans les domaines qui ressortissent à ses objets aux termes de la présente loi ou au principe énoncé à l'article 2;

c) se tient en liaison étroite avec les organismes ou les autorités provinciales de même nature pour favoriser l'adoption de lignes de conduite communes et éviter les conflits dans l'instruction des plaintes en cas de chevauchement de compétence;

d) exécute les fonctions que lui attribuent les accords conclus conformément au paragraphe 28(2);

e) peut étudier les recommandations, propositions et requêtes qu'elle reçoit en matière de droits et libertés de la personne, ainsi que les mentionner et les commenter dans le rapport visé à l'article 61 dans les cas où elle le juge opportun;

f) fait ou fait faire les études sur les droits et libertés de la personne que lui demande le ministre de la Justice et inclut, dans chaque cas, ses conclusions et recommandations dans le rapport visé à l'article 61;

g) peut examiner les règlements, règles, décrets, arrêtés et autres textes établis en vertu d'une loi fédérale, ainsi que les mentionner et les commenter dans le rapport visé à l'article 61 dans les cas où elle les juge incompatibles avec le principe énoncé à l'article 2;

h) dans la mesure du possible et sans transgresser la partie III, tente, par tous les moyens qu'elle estime indiqués, d'empêcher la perpétration des actes discriminatoires visés aux articles 5 à 14.

Comme on peut le constater, la Loi confère à la Commission tout un éventail de pouvoirs et fonctions. Elle doit connaître des plaintes d'actes discriminatoires; élaborer et exécuter des programmes de sensibilisation publique touchant la Loi; entreprendre des programmes de recherche dans les domaines qui ressortissent à ses objets; se tenir en liaison avec les organismes de même nature pour favoriser l'adoption de lignes de conduite communes; faire des études sur les droits de la personne; examiner les règlements et autres textes éta-

and endeavour through persuasion, publicity and other means to discourage or reduce discriminatory practices. The breadth of these powers points in the direction of a more deferential approach.

The Act does not contain an express clause precluding judicial review, but does make provision for the internal review and rehearing of certain decisions. Sections 55 and 56 provide for an internal appeal process whereby, in specified situations, a matter may be reheard by a Review Tribunal. Beyond this, however, there is no express provision which would authorize a reviewing court to substitute its findings or opinions for those of the Tribunal, contrary to what was the case in the legislation examined in *Zurich, Dickason, and Etobicoke, supra* (in the context of similar provisions in Young Offenders legislation, see also *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446). While a privative clause would have provided further support for a deferential approach, there is nothing in the Act which suggests that deference is not warranted.

As for the Commission itself, Parliament unquestionably intended to create a highly specialized administrative body, one with sufficient expertise to review Acts of Parliament and, as specifically provided for in the Act, to offer advice and make recommendations to the Minister of Justice. In the exercise of its powers and functions, the Commission would inevitably accumulate expertise and specialized understanding of human rights issues, as well as a body of governing jurisprudence. The work of the Commission and its tribunals involves the consideration and balancing of a variety of social needs and goals, and requires sensitivity, understanding, and expertise.

As to the nature of the problem at issue, tribunals appointed under the Act have a mandate to determine whether or not a given practice or policy has discriminated against a complainant on the basis of one of the enumerated grounds set out in s. 3 of the Act. The enumerated grounds of dis-

blis en vertu d'une loi fédérale et tenter, par tous les moyens qu'elle estime indiqués, d'empêcher la perpétration d'actes discriminatoires. L'étendue même de ces pouvoirs est un indice qu'il y a lieu à une plus grande déférence.

La Loi ne renferme pas de disposition explicite excluant le contrôle judiciaire, mais prévoit la révision interne et la tenue d'une nouvelle audience relativement à certaines décisions. Les articles 55 et 56 prévoient un processus d'appel interne en vertu duquel, dans certaines situations, un tribunal d'appel tiendra une nouvelle audition. Outre ces dispositions, la Loi ne renferme aucune disposition explicite qui autoriserait une cour d'appel à substituer ses conclusions ou ses opinions à celles du Tribunal, contrairement à ce qui était le cas dans les arrêts *Zurich, Dickason et Etobicoke*, précités (dans le contexte de dispositions similaires touchant la *Loi sur les jeunes contrevenants*, voir aussi l'arrêt *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446). Quoique l'existence d'une clause privative aurait constitué un argument additionnel en faveur de la retenue judiciaire, rien, cependant, dans la Loi ne donne à entendre que la retenue judiciaire n'est pas justifiée.

En ce qui concerne la Commission, le législateur a de toute évidence eu l'intention de créer un organisme administratif hautement spécialisé, avec suffisamment d'expertise pour examiner les lois fédérales et, comme le prévoit explicitement la Loi, conseiller le ministre de la Justice et lui présenter des recommandations. Dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions, il était inévitable que la Commission acquière une expertise et une compréhension spéciale des questions relatives aux droits de la personne et se constitue une jurisprudence. Le travail de la Commission et de ses tribunaux nécessite qu'ils examinent et soupèsent une gamme de besoins et d'objectifs sociaux, ce qui exige à la fois sensibilisation, compréhension et expertise.

Quant à la nature du problème soulevé, les tribunaux nommés en vertu de la Loi ont le mandat de déterminer si une ligne de conduite donnée constitue de la discrimination à l'endroit d'un plaignant pour l'un des motifs énumérés à l'art. 3 de la Loi. Les motifs de distinction énumérés ne sont pas

crimination are not defined within the Act and, as is clear later in these reasons, it was the intention of the legislature that, in the event of any ambiguity, the Commission and its tribunals would have the task of determining the meaning and scope of these concepts. This is at the core of the Board's jurisdiction. Besides, the task of determining whether or not a complainant comes within the scope of one of these grounds is a question of fact to be determined by the tribunal. As Thurlow C.J. wrote in *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams*, [1982] 1 F.C. 214, at p. 215, a Tribunal "has jurisdiction to determine whether what is alleged by the complainant is capable of being discrimination and, if so, whether discrimination has been established." Here, the Tribunal was required to determine whether Mr. Mossop had suffered discrimination on the basis of his "family status". This problem is one which the Board is eminently suited to decide and a question best decided in a context-specific setting.

When all these factors are considered, I would draw the following conclusions. First, the Tribunal has the jurisdiction to determine questions of fact. It hears witnesses and decides on credibility. As is the case for courts of appeal reviewing findings of fact of superior courts, courts should defer to these findings unless they are patently unreasonable. Such determinations lie at the heart of the tribunal's jurisdiction and expertise, and the enabling legislation does not contain any provision suggesting that the principle of great deference to findings of fact of a trial court should be altered. Second, the Tribunal has jurisdiction to interpret its Act and, consequently, the meaning of the term "family status" in s. 3 of the Act; courts should defer to the Tribunal's interpretation since the legislature specifically intended that the Commission and its tribunals carry out the task of interpreting the grounds of discrimination in the Act. While courts do have a role to play in this task, that role is a limited one, confined to overturning an interpretation which, using the test articulated by Dickson J. in *C.U.P.E., supra*, at p. 237, is "so patently unreasonable that its construction cannot be ration-

définis dans la Loi et, comme je l'indique clairement plus loin, le législateur avait l'intention de confier à la Commission et à ses tribunaux la tâche de déterminer la signification et la portée de ces concepts en cas d'ambiguïté. Cette fonction est au cœur de la compétence de la Commission. En outre, la tâche de décider si une plainte porte ou non sur l'un des motifs de distinction illicite est une question de fait que doit trancher le tribunal. Comme le juge en chef Thurlow le souligne dans l'arrêt *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Williams*, [1982] 1 C.F. 214, à la p. 215, un tribunal «est habilité à se prononcer afin de déterminer si les agissements dont s'agit constituaient un acte discriminatoire et, dans l'affirmative, s'il y avait discrimination». En l'espèce, le Tribunal devait déterminer si M. Mossop a été victime de discrimination pour un motif fondé sur sa «situation de famille». L'organisme administratif est éminemment qualifié pour trancher cette question, à laquelle il est préférable de répondre dans un contexte précis.

À mon avis, il faut tirer les conclusions suivantes de l'examen de l'ensemble de ces facteurs. Premièrement, le Tribunal a la compétence voulue pour trancher des questions de fait. Il entend les témoins et se prononce sur leur crédibilité. À l'instar des cours d'appel appelées à réviser les conclusions de fait des cours supérieures, les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard de ces décisions, sauf si elles sont manifestement déraisonnables. Ces décisions touchent directement la compétence et l'expertise de ces tribunaux et leur loi habilitante ne renferme aucune disposition donnant à entendre qu'il y a lieu de modifier le principe de grande déférence à l'égard des conclusions de fait d'un tribunal de première instance. Deuxièmement, le Tribunal a la compétence voulue pour interpréter sa Loi constitutive, et, partant, l'expression «situation de famille» qui figure à l'art. 3 de la Loi; les cours de justice devraient faire preuve de retenue à l'égard de l'interprétation du Tribunal puisque le législateur avait spécifiquement l'intention de confier à la Commission et à ses tribunaux l'interprétation des motifs de distinction prévus dans la Loi. Les cours de justice ont un

ally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review”.

Turning to the specific issue before us, the Tribunal concluded that Mr. Mossop's relationship is one which could come within the scope of “family status”. The Tribunal came to this conclusion based on its interpretation of its own Act, its assessment of *viva voce* expert evidence, the evidence in the record, and its legislative mandate. The Tribunal has the jurisdiction and expertise necessary to interpret the grounds of discrimination set out in its own legislation, and accordingly, unless its interpretation of the scope of “family status” is patently unreasonable, deference should be shown and the Court should not interfere. The question of whether or not discrimination is in fact made out is also a matter lying at the heart of the Tribunal's jurisdiction. Again, unless the Tribunal has made a patently unreasonable finding in arriving at that conclusion, it is entitled to deference.

Applying what is, in my view, the proper standard of review and dealing first with the Tribunal's interpretation of “family status” in s. 3 of the Act, is this interpretation patently unreasonable?

“Family Status” in s. 3 of the Act

1. Interpretation of Human Rights Legislation

It is well established in the jurisprudence of this Court that human rights legislation has a unique quasi-constitutional nature, and that it is to be given a large, purposive and liberal interpretation. In this regard, see *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R.

rôle à jouer, mais il est limité, et elles devraient intervenir seulement si l'interprétation donnée est, selon le test formulé par le juge Dickson dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 237, «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire».

Pour ce qui est de la question précise qui nous occupe, le Tribunal a conclu que la relation de M. Mossop pouvait être visée par l'expression «situation de famille». Pour en arriver à cette conclusion, le Tribunal s'est fondé sur son interprétation de sa loi constitutive, son examen des témoignages d'experts, la preuve déposée au dossier et le mandat que lui confère la Loi. Le Tribunal a la compétence et l'expertise nécessaires pour interpréter les motifs de distinction prévus dans sa loi constitutive; en conséquence, sauf si l'interprétation donnée à l'expression «situation de famille» est manifestement déraisonnable, la Cour doit faire preuve de retenue et ne pas modifier l'interprétation qui en est faite. La question de savoir si la discrimination a été démontrée relève également de la compétence du tribunal. Encore une fois, on doit faire preuve de retenue sur ce point, sauf si la conclusion est manifestement déraisonnable.

Si l'on applique la norme de contrôle qui, à mon avis, est appropriée, l'interprétation donnée par le Tribunal à l'expression «situation de famille» est-elle manifestement déraisonnable?

«Situation de famille»: art. 3 de la Loi

1. Interprétation des lois sur les droits de la personne

Il est bien établi dans la jurisprudence de notre Cour que les lois sur les droits de la personne ont une nature quasi constitutionnelle unique et qu'elles doivent être interprétées d'une façon large, libérale et en fonction de leur objet. À cet égard, voir les arrêts *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Compagnie des che-*

1114 (“*Action Travail des Femmes*”); *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Zurich, supra* (for a general review, see Alan L. W. D’Silva, “Giving Effect to Human Rights Legislation—A Purposive Approach” (1991), 3 *Windsor Rev. L. & S. Issues* 45). This long line of cases mandates that courts interpret human rights legislation in a manner consistent with its overarching goals, recognizing as did my colleague Sopinka J. for the majority in *Zurich, supra*, at p. 339, that such legislation is often “the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised”. In interpreting a statute, *Charter* values must not be ignored. As McIntyre J. observed in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 602, referring to *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728:

Blainey then affords an illustration of the manner in which *Charter* rights of private individuals may be enforced and protected by the courts, that is, by measuring legislation—government action—against the *Charter*.

In *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558, for the majority, I stressed that “the values embodied in the *Charter* must be given preference over an interpretation which would run contrary to them”. (See also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.)

The respondent Attorney General of Canada argued that, although the Act should be interpreted as remedial legislation, the ordinary rules of interpretation should apply. Therefore, the Court of Appeal correctly examined the “plain meaning” and textual context of the term, as well as the intention of Parliament. As can be discerned from my opinion in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 570, I would agree that the rules

mins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114 («*Action Travail des Femmes*»); *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Zurich*, précité, (pour un examen global, voir Alan L. W. D’Silva, «Giving Effect to Human Rights Legislation—A Purposive Approach» (1991), 3 *Windsor Rev. L. & S. Issues* 45). D’après cette longue suite d’arrêts, les tribunaux doivent interpréter les lois sur les droits de la personne d’une façon compatible avec leurs objectifs prédominants, reconnaissant comme l’a fait mon collègue le juge Sopinka, s’exprimant au nom de la majorité dans l’arrêt *Zurich*, précité, à la p. 339, que ces lois «constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation». Dans l’interprétation d’une loi, il faut tenir compte des valeurs fondées sur la *Charte*. Comme l’a fait remarquer le juge McIntyre dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 602, relativement à l’affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728:

L’affaire *Blainey* constitue donc un exemple de la manière dont les cours peuvent mettre à exécution et protéger les droits que la *Charte* garantit aux particuliers, c’est-à-dire en appréciant la mesure législative—l’action gouvernementale—en fonction de la *Charte*.

Dans l’arrêt *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558, j’ai affirmé, au nom de la majorité, que les «valeurs [consacrées dans la *Charte*] doivent être préférées à une interprétation qui leur serait contraire». (Voir aussi *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.)

D’après l’intimé, le procureur général du Canada, bien que la Loi doive être interprétée comme une loi réparatrice, les règles ordinaires d’interprétation devraient s’appliquer. Par conséquent, la Cour d’appel a eu raison d’examiner le «sens ordinaire» de l’expression, son contexte à l’intérieur même du texte où elle figure ainsi que l’intention du Parlement. Comme je l’indique dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990]

of interpretation which have guided the courts to this day have not been set aside, and that they continue to play a role in the interpretation of legislation, including constitutional and quasi-constitutional documents. However, I also note Laskin C.J.'s words in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 690, that the Court had a duty "not to whittle down the protections of the *Canadian Bill of Rights* by a narrow construction of what is a quasi-constitutional document". This observation applies *a fortiori* to human rights legislation, and has continued to be an important caution in the era of the *Charter*. In *Action Travail des Femmes*, *supra*, Dickson C.J. reviewed the jurisprudence on the interpretation of human rights legislation and, at p. 1134, stated the principle as follows:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained.

The Court has repeatedly warned of the dangers of strict or legalistic approaches which would restrict or defeat the purpose of quasi-constitutional documents. For example, in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, at p. 553, this Court made it clear that the meaning of highly controversial terms "cannot be settled by linguistic fiat". (On avoiding narrow and technical interpretations of *Charter* rights, see also *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 365-67; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; on avoiding inflexi-

1 R.C.S. 425, à la p. 570, je reconnais que les règles d'interprétation qui ont guidé les tribunaux jusqu'à ce jour n'ont pas été écartées et qu'elles continuent de jouer un rôle dans l'interprétation des lois, y compris les documents constitutionnels et quasi constitutionnels. Toutefois, il convient de rappeler les propos du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, à la p. 690, qui a affirmé que la Cour a le devoir «de ne pas diminuer la protection offerte par la *Déclaration canadienne des droits* en interprétant de façon restrictive ce document quasi constitutionnel». Cette observation s'applique à plus forte raison aux lois sur les droits de la personne et demeure toujours un avertissement important à l'ère de la *Charte*. Dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*, précité, le juge en chef Dickson examine la jurisprudence relative à l'interprétation des lois sur les droits de la personne et en dégage le principe suivant, à la p. 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Notre Cour a mentionné à plusieurs reprises les dangers d'une analyse stricte ou légaliste qui restreindrait ou contrarierait l'objet des documents quasi constitutionnels. Par exemple, dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, à la p. 553, notre Cour a clairement affirmé que le sens d'expressions hautement controversées «ne peut être réglé[. . .] par une décision linguistique». (Sur la nécessité d'éviter d'interpréter d'une façon étroite et formaliste les droits consacrés par la *Charte*, voir les arrêts *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 365 à 367; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30;

ble categorizations, see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.)

The remarks of Wilson J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, *supra*, at p. 470, are apposite here:

The principle of statutory construction, *expressio unius*, is ill-suited to meet the needs of *Charter* interpretation. It is inconsistent with the purposive approach to *Charter* interpretation which has been endorsed by this Court and which focuses on the broad purposes for which the rights were designed and not on mechanical rules which have traditionally been employed in interpreting detailed provisions of ordinary statutes in order to discern legislative intent.

Although made in the context of the *Charter*, and while it is clear that there are differences between constitutional and quasi-constitutional documents, these comments apply here since both types of documents require an interpretive approach that is broad and purposive, and identifies the values which the legislation was designed to protect. McIntyre J. clearly was of this view when, speaking for a unanimous Court in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, *supra*, at pp. 546-47, he wrote:

It is not, in my view, a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment (see Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58), and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator,

sur la question d'éviter les classifications rigides, voir le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.)

^a Les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, précité, à la p. 470, sont pertinents:

^b Le principe d'interprétation législative *expressio unius* se prête mal aux exigences de l'interprétation de la *Charte*. Il est incompatible avec l'interprétation de la *Charte*, fondée sur l'objet visé, que notre cour a approuvée et qui est axée sur les objectifs généraux pour lesquels les droits ont été conçus plutôt que sur les règles mécaniques auxquelles on a traditionnellement eu recours dans l'interprétation des dispositions détaillées de lois ordinaires afin de déceler l'intention du législateur.

^c Bien qu'ils soient formulés dans le contexte de la *Charte* et qu'il existe de toute évidence des différences entre les documents constitutionnels et quasi constitutionnels, ces commentaires s'appliquent en l'espèce puisque ces deux types de documents exigent une interprétation large et fondée sur l'objet qui précise les valeurs que la loi vise à protéger. Le juge McIntyre, exprimant l'opinion unanime de la Cour, était clairement de cet avis dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, précité, aux pp. 546 et 547:

^d Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon princi-

but rather to provide relief for the victims of discrimination.

pale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination.

In short, though traditional interpretational tools ought not be ignored, they must be applied in the context of a broad and purposive approach.

^a Bref, bien que l'on doive tenir compte des mécanismes d'interprétation traditionnels, ces mécanismes doivent être appliqués dans le contexte d'une interprétation large et fondée sur l'objet.

2. Purpose of the Act

^b 2. L'objet de la Loi

The purpose of the Act, set out in s. 2 recited earlier, is to ensure that people have an equal opportunity to make for themselves the life that they are able and wish to have without being hindered by discriminatory practices. The social cost of discrimination is insupportably high, and these insidious practices are damaging not only to the individuals who suffer the discrimination, but also to the very fabric of our society. This Court decried the multiple harms caused by discrimination in the context of hate promotion in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. Dickson C.J. remarked, at pp. 746-47, that the consequences of such discriminatory practices "bear heavily in a nation that prides itself on tolerance and the fostering of human dignity through, among other things, respect for the many racial, religious and cultural groups in our society". As McIntyre J. confirmed in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 172, "[d]iscrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality". The Act, in prohibiting certain forms of discrimination, has the express purpose of promoting the value of equality which lies at the centre of a free and democratic society. Our society is one of rich diversity, and the Act fosters the principle that all members of the community deserve to be treated with dignity, concern, respect and consideration, and are entitled to a community free from discrimination.

^c L'objet de la Loi, mentionné à l'art. 2 que j'ai déjà cité, est de consacrer le droit de tous les individus à l'égalité des chances d'organiser leur vie de la façon qu'ils l'entendent et selon leurs possibilités sans être victimes d'actes discriminatoires. Le coût social de la discrimination est insupportablement élevé et ces pratiques insidieuses sont préjudiciables non seulement aux personnes qui en sont victimes, mais aussi à la structure même de notre société. Notre Cour a décrié les innombrables maux causés par la discrimination dans le contexte de la propagande haineuse dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Le juge en chef Dickson a fait remarquer, aux pp. 746 et 747, que les conséquences de ces actes discriminatoires «sont graves dans une nation dont la fierté est d'être tolérante et de favoriser la dignité humaine, notamment en respectant les nombreux groupes raciaux, religieux et culturels de notre société». Comme le confirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 172, «[l]a discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité». En interdisant certaines formes de discrimination, la Loi vise explicitement à favoriser l'égalité qui constitue une notion fondamentale dans une société libre et démocratique. Notre société se caractérise par sa grande diversité, et la Loi consacre le principe que tous les membres de la collectivité méritent d'être traités avec dignité, respect et considération et qu'ils ont le droit de vivre dans une collectivité à l'abri de toute discrimination.

The Tribunal did not fail to appreciate these factors, and understood the importance of interpreting the Act in light of its purpose. At page D/6089, it explained:

^j Le Tribunal n'a pas omis d'examiner ces facteurs et a compris l'importance d'interpréter la Loi en fonction de son objet. Il explique, à la p. D/6089:

The Supreme Court of Canada has forcefully stated its view of the context of human rights codes generally, the object of such codes, and what flows therefrom. Codes, based on their broad purposes relating to "individual rights of vital importance" (*Action travail des femmes, supra*, at p. 182), are legislation of "a special nature" (*O'Malley, supra*, at p. 546). The Court has noted that the broad purposes of the *Act* are not obscure, but are "patently obvious" in s. 2 of the *Act*, and has emphasized, drawing upon s. 2, that the goal is that of equal opportunity for each individual to achieve "the life that he or she is able and wishes to have" (*Action travail des femmes*, at p. 182).

Against this framework, I would like to briefly address the arguments advanced before us that, in its interpretation, the Tribunal failed to adequately consider both textual context and legislative intent, and that this failure constituted an error of law.

3. Textual Interpretation

It was argued that a correct interpretive approach would warrant that a textual interpretation be determinative, and that the coupling of the terms "family" and "status" in the English text of s. 3 of the *Act* required the Tribunal to construe "family status" as including only those families who have recognizable status at law. This is the way that the Court of Appeal approached the matter. Leaving aside for the moment the broad and purposive approach which, in my view, should guide the interpretation of human rights legislation, even if one were to take a textual approach to the interpretation of s. 3 of the *Act*, the result of such an interpretive exercise would not lead to the conclusions of the Court of Appeal, but rather would, in my view, support the Tribunal's findings.

First, the word "status" is capable of bearing several meanings. The *Concise Oxford Dictionary of Current English* (8th ed. 1990) provides the following definition:

1. social position, rank, relation to others, relative importance . . . 2. (Law). person's relation to others as fixed by law. . . . 3. position of affairs;

La Cour suprême du Canada a déclaré sans ambages son avis relativement au contexte général des codes des droits de la personne, de l'objet de tels codes, et de ce qui en découle. En fonction de leur vaste objet afférent aux «droits individuels d'importance vitale» (*Action travail des femmes, supra*, p. 182), les codes sont des lois ayant «une nature spéciale» (*O'Malley, supra*, p. 546). La Cour a souligné que les objets principaux de la *Loi* ne sont pas obscurs, mais sont «très évidents» à l'art. 2 de la *Loi*; elle a souligné, aux termes de l'art. 2, que l'objet consiste à donner des chances égales d'épanouissement à chaque personne. (*Action travail des femmes*, p. 182).

C'est dans ce contexte que j'aimerais maintenant examiner brièvement les arguments soulevés devant notre Cour, selon lesquels le Tribunal, dans son interprétation, a omis de tenir compte de l'argument de texte et de l'intention du législateur, commettant ainsi une erreur de droit.

3. L'argument de texte

On soutient, d'une part, que l'approche interprétative correcte mande qu'une interprétation fondée sur le texte soit déterminante et, d'autre part, que l'association des termes «*family*» et «*status*», dans le texte anglais de l'art. 3 de la *Loi*, exige du Tribunal qu'il interprète l'expression «situation de famille» de façon à ce que cette expression comprenne seulement les familles qui ont un statut juridique reconnu. C'est ainsi que la Cour d'appel a abordé la question. Si l'on oublie pour l'instant l'analyse large et fondée sur l'objet qui, à mon avis, devrait guider l'interprétation des lois sur les droits de la personne et même en adoptant une analyse fondée sur le texte pour interpréter l'art. 3 de la *Loi*, celle-ci ne mènerait pas aux conclusions de la Cour d'appel, mais plutôt, à mon avis, à celles du Tribunal.

Premièrement, le terme «*status*» utilisé dans le texte anglais comporte plusieurs sens. Voici comment le définit le *Concise Oxford Dictionary of Current English* (8^e éd. 1990):

1. social position, rank, relation to others, relative importance . . . 2. (Law). person's relation to others as fixed by law. 3. position of affairs;

While the term “status” may be used to indicate status at law, it may indicate more factual matters of rank, social position, or relation to others. The use of the term “status” is not sufficient by itself to restrict the notion of “family status” to only those families that are recognized at law. Reference to the French version of the term, “*situation de famille*”, is warranted here. *Le Petit Robert 1* (1990) provides the following definitions of the term “situation”:

1^o Le fait d’être en un lieu; manière dont une chose est disposée, située ou orientée. . . . 2^o Ensemble des circonstances dans lesquelles une personne se trouve. . . . 3^o Emploi, post rémunérateur régulier et stable. . . .

“*Situation*” is not a legal term, is broader than the English term “status”, and encompasses a host of meanings. When the meaning of the French term is considered, it is apparent that the scope of “family status” has potential to be very broad. In French, the term “*situation de famille*” would not be used to express a legal notion. “*État matrimonial*” would.

As noted in the Court of Appeal reasons, until 1983, the French text of the Act prohibited discrimination on the basis of “*situation de famille*” while the English text of the Act prohibited discrimination on the basis of “marital status.” In 1983 the Act was amended, the French text to include both “*situation de famille*” and “*état matrimonial*”, the English text to include both “marital status” and “family status”. The amendment did not simply modify the existing terms, but in fact expanded the Act. Had the intention been to narrow the scope of protection, it would have been simple to use one term or the other. In my view the purpose of the amendment could only have been to envelop the two notions. Furthermore, if both terms “*situation de famille*” and “*état matrimonial*”, “marital status” and “family status”, in the French or in the English texts, were similar, there would have been no need to juxtapose them. One such expression would have been sufficient as the legislator is not presumed to use meaningless words (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 232).

Bien que le terme «*status*» puisse être utilisé pour déterminer une situation sur le plan juridique, il peut sur le plan factuel désigner le rang, la situation sociale ou une relation avec d’autres. L’emploi du terme «*status*» ne suffit pas en soi à circonscrire la notion de «*family status*» aux seules familles qui sont reconnues sur le plan juridique. L’expression «situation de famille» utilisée dans le texte français est ici pertinente. Voici comment le *Petit Robert 1* (1990) définit le terme «situation»:

1^o Le fait d’être en un lieu; manière dont une chose est disposée, située ou orientée. [. . .] 2^o Ensemble des circonstances dans lesquelles une personne se trouve. [. . .] 3^o Emploi, poste rémunérateur régulier et stable . . .

Le mot «situation» n’est pas un terme juridique; il a un sens plus vaste que le terme anglais «*status*» et englobe nombre de significations. En examinant le sens du terme français, on se rend facilement compte que l’expression «*family status*» peut avoir un sens très large. En français, on n’utiliserait pas l’expression «situation de famille» pour exprimer une notion juridique. C’est plutôt l’expression «état matrimonial» qui serait utilisée à cette fin.

Comme l’a indiqué la Cour d’appel, jusqu’en 1983, le texte français de la Loi interdisait la discrimination fondée sur la «situation de famille», alors que le texte anglais utilisait l’expression «*marital status*». La Loi a été modifiée en 1983 par l’ajout de l’expression «état matrimonial» dans le texte français et de l’expression «*family status*» dans le texte anglais. La modification a non seulement apporté un changement à la liste des motifs énumérés, mais a en fait élargi la portée de la Loi. Si l’on avait eu l’intention de restreindre l’étendue de la protection, on aurait tout simplement pu utiliser une seule de ces deux expressions. À mon avis, la modification ne pouvait avoir pour objet que d’englober les deux notions. Par ailleurs, si les expressions «situation de famille» et «état matrimonial», dans le texte français, et «*marital status*» et «*family status*», dans le texte anglais, avaient un sens analogue, il n’aurait pas été nécessaire de les juxtaposer. L’emploi d’une seule expression aurait suffi puisque le législateur n’est pas censé parler pour ne rien dire (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 259).

In any event, I have difficulty with the Court of Appeal's proposition that the meaning of "family status" and its French equivalent can be determined through reference to what it found to be the more restrictive English term. First, as I have noted above, the English term is not necessarily more restrictive. Second, even if it could be said that "family status" encompassed only families with legal status, it would be highly inappropriate to interpret the term by relying on the more narrow meaning of the French and English texts. It is an established principle of interpretation in Canada that French and English texts of legislation are deemed to be equally authoritative (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296), and where there is a discrepancy between the two, it is the meaning which furthers the purpose of the legislation which must prevail (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; see also P.-A. Côté, *supra*, at pp. 272-79). In this case, given that the purpose of the Act is to prevent discrimination and provide an equal opportunity to make the type of life one wishes, the broader of the two meanings should prevail.

A textual interpretation seems to me to support the conclusion of the Tribunal that "family status" should not be restricted to a narrow legal meaning. Nothing in the textual context indicates that the protection of the Act is to be extended only to certain types of legally validated families. On the contrary, the term "family status" suggests a broader protection that would prohibit discrimination against individuals on the basis of the internal structuring of their families. But, as I said above, a strict textual interpretation is not warranted here. That leaves then the argument concerning legislative intent.

4. Purpose and Intent

The intervener Focus on the Family asserted that the Tribunal should have considered the proceedings in Parliament in an attempt to more accurately discern the intention of Parliament at the time of the legislative enactment. They submitted that the

Quoi qu'il en soit, j'éprouve de la difficulté à accepter la proposition de la Cour d'appel selon laquelle on peut établir le sens de l'expression «*family status*» et de son équivalent français à partir du sens de l'expression anglaise qu'elle a considérée comme plus restrictive. Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, l'expression anglaise n'a pas nécessairement une portée plus restrictive. Deuxièmement, même si l'on pouvait affirmer que l'expression «situation de famille» englobe seulement les familles ayant un statut juridique, il serait hautement inapproprié de l'interpréter en retenant le sens le plus restreint des textes anglais ou français. C'est un principe d'interprétation bien établi au Canada que les textes français et anglais d'une loi sont réputés d'égale valeur (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296) et que c'est l'interprétation qui favorise l'objet de la loi qui doit l'emporter en cas d'incompatibilité entre les deux textes (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; voir aussi P.-A. Côté, *op. cit.*, aux pp. 304 à 312). En l'espèce, comme la Loi a pour objet d'empêcher la discrimination et d'accorder à tous le droit à l'égalité des chances d'épanouissement, c'est le plus large des deux sens qui devrait l'emporter.

À mon avis, une interprétation fondée sur le texte appuie la conclusion du Tribunal que l'expression «situation de famille» ne devrait pas recevoir une interprétation juridique restrictive. Le contexte du libellé de la Loi n'indique aucunement qu'elle vise seulement à protéger certains types de familles légalement reconnus. Au contraire, l'expression «situation de famille» suggère une protection générale qui interdirait tout acte discriminatoire à l'endroit d'une personne, en raison de la structure interne de sa famille. À tout événement, comme je l'ai déjà dit, il n'est pas justifié d'avoir ici recours à une interprétation stricte fondée sur le texte. Reste maintenant l'argument concernant l'intention du législateur.

i 4. L'objet et l'intention

L'intervenant Focus on the Family soutient que le Tribunal aurait dû examiner l'historique législatif pour tenter de mieux dégager l'intention du législateur lors de l'adoption de la loi en question. À son avis, l'élargissement du sens de l'expression

extension of the term “family status” to include same-sex relationships would usurp the legislative function of Parliament, and give the term a meaning never intended by Parliament. This argument implies that the Tribunal exceeded its jurisdiction by interpreting the scope of “family status” as it did.

First, as regards the amendment itself and referring to the evidence before the Tribunal, this intervenor argued that legislative debate supports their assertion that the members of the legislature intended the amendment simply to bring the French and English texts into conformity. As Lord Watson observed in *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22, at p. 38, the ““Intention of the Legislature” is a common but very slippery phrase“. Legislative intention can be difficult to ascertain, and it is dangerous to rely only on the legislative record in order to infer that intent. While such record may be of some assistance in certain types of cases (for example *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373), legislative intent is derived primarily from the legislation itself (*Hills v. Canada (Attorney General)*, *supra*, at p. 549; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*).

With this caveat, had Parliament intended that the protection for families be restricted to legally recognized families, the amendment to the Act could have made this clear. However, this was not done. Instead, the amendment increased the scope of protection by adding a new ground of discrimination to each text: both “marital status” and “family status” became prohibited grounds. As the terms are juxtaposed, it is reasonable to conclude that “family status” must be something other than “marital status”, just as “*situation de famille*” must be something other than “*état matrimonial*”. Since “*état matrimonial*” is closer to a legal notion, “*situation de famille*” or “family status” can only be broader. It was, of course, open to Parliament to define the concept of “family status” within the

«situation de famille» de façon à englober les relations entre personnes de même sexe empiéterait sur la fonction du législateur et donnerait à l'expression un sens que le législateur n'a jamais eu l'intention de lui donner. Cet argument laisse entendre que le Tribunal aurait excédé sa compétence en interprétant comme il l'a fait l'expression «situation de famille».

Premièrement, en ce qui concerne l'amendement comme tel et se référant à la preuve présentée devant le Tribunal, cet intervenant soutient que le débat qui a entouré l'adoption de la disposition appuie son point de vue que les députés avaient simplement l'intention d'harmoniser les textes anglais et français. Comme l'a fait remarquer lord Watson dans l'arrêt *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22, à la p. 38, [TRADUCTION] ««[l']intention du législateur» est une expression que l'on entend fréquemment, mais qui est fort ambiguë». Il peut être difficile de déterminer quelle est l'intention du législateur et il est risqué pour ce faire de se fier uniquement aux documents législatifs. Bien que ces documents puissent être utiles dans certains cas (par exemple, voir le *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373), c'est à partir de la loi même que se déciphère principalement l'intention du législateur (*Hills c. Canada (Procureur général)*, précité, à la p. 549; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité).

Cette réserve étant faite, si le législateur avait eu l'intention de restreindre la protection aux familles légalement reconnues, il aurait pu le préciser clairement lorsqu'il a modifié la Loi. Toutefois, il ne l'a pas fait. La modification a plutôt élargi la protection par l'ajout d'un nouveau motif de distinction illicite dans chacun des textes; ainsi, l'«état matrimonial» et la «situation de famille» sont tous deux devenus des motifs de distinction illicite. Puisque les deux expressions sont juxtaposées, il est raisonnable de conclure que le sens de l'expression «*family status*» doit être différent de celui de l'expression «*marital status*», tout comme l'expression «situation de famille» doit avoir un sens différent de l'expression «état matrimonial». Puisque l'«état matrimonial» se rapproche davantage

Act. It did not choose to do so, even in the face of debate about the meaning of the term. Instead, Parliament determined that the task of dealing with any ambiguity in any concepts in the Act should be left to the administrative board charged with the task of implementing the Act. I refer, in this regard, to the comments of the Minister of Justice as reported in the *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 114, December 20, 1982, at p. 17: "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." When asked why he was reluctant to define these terms within the Act itself, the Minister responded as follows:

The reason for my reluctance to have such definitions included, Mr. Chairman, is that it is not in accord with the scheme of the bill. These words are being interpreted by the Canadian Human Rights Commission. We trust them to interpret and issue regulations.

It is true, of course, that a court can always pronounce on the validity of this; but in most cases, the action of the commission is accepted. Generally speaking, we think that is a better way to proceed. [Emphasis added.]

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 115, December 21, 1982, at p. 73.)

Though the members of Parliament may perhaps not at that precise moment have envisaged that "family status" would be interpreted by the Tribunal so as to extend to same-sex couples, the decision to leave the term undefined is evidence of clear legislative intent that the meaning of "family status", like the meaning of other undefined concepts in the Act, be left for the Commission and its tribunals to define. In my view, if the legislative record helps here in the search for legislative intent, it rather supports the Tribunal's wide and

d'une notion juridique, les expressions «situation de famille» ou «*family status*» ne peuvent avoir qu'un sens plus large. Évidemment, il était loisible au législateur de définir dans la Loi ce qu'il entendait par «situation de famille». Il a choisi de ne pas le faire, malgré un débat sur le sens de l'expression. Le législateur a plutôt indiqué qu'il incomberait à l'organisme administratif chargé de la mise en œuvre de la Loi de trancher toute ambiguïté dans les notions comprises dans celle-ci. À cet égard, je renvoie aux commentaires du ministre de la Justice cités dans les *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fascicule n° 114, 20 décembre 1982, à la p. 17: «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 notions.» Quand on lui a demandé pourquoi il hésitait à définir ces termes dans la Loi même, le ministre a répondu:

Si je ne veux pas inclure de telles définitions, monsieur le président, c'est parce que cela ne correspond pas à l'esprit du projet de loi. Ces termes sont interprétés par la Commission canadienne des droits de la personne. Nous pensons qu'elle est à même de les interpréter et d'émettre des règlements pertinents.

Il est vrai bien sûr qu'un tribunal peut toujours se prononcer sur la validité d'une telle définition, mais dans la plupart des cas, l'action de la Commission est acceptée. Nous estimons de façon générale que c'est la meilleure façon de procéder. [Je souligne.]

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fascicule n° 115, 21 décembre 1982, à la p. 73.)

Bien que le législateur n'ait peut-être pas envisagé à cette époque que le Tribunal interpréterait l'expression «situation de famille» de façon à inclure les couples de même sexe, la décision de ne pas définir l'expression en question est une preuve que le législateur avait clairement l'intention de laisser à la Commission et à ses tribunaux le soin de définir cette expression ainsi que les autres notions non définies dans la Loi. À mon avis, si l'historique législatif aide en l'espèce à dégager l'intention du législateur, il favorise plutôt les vastes pou-

broad discretion in the interpretation of the provisions of its own Act.

An interpretation of a human rights document, or for that matter any legislation, that may not conform with Parliament's intention can be easily cured by Parliament itself. Because legislation can be amended more readily than a Constitution, legislatures which find the interpretations given by administrative tribunals inconsistent with legislative intent can always amend the legislation, or pass new legislation in order to modify that interpretation. This has been done on a number of occasions (*Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1980, c. C-23, which allows for partial recovery by contributorily negligent tort claimants; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, and the resulting *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 485(1), concerning loss of jurisdiction over the offence; the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(l)(ii) reversing the decision of the Exchequer Court in *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32, allowing club fees as a deductible expense; the U.K. case of *London Graving Dock Co. v. Horton*, [1951] A.C. 737 (H.L.) discussed in *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456, at pp. 476-77.)

Even if Parliament had in mind a specific idea of the scope of "family status", in the absence of a definition in the Act which embodies this scope, concepts of equality and liberty which appear in human rights documents are not bounded by the precise understanding of those who drafted them. Human rights codes are documents that embody fundamental principles, but which permit the understanding and application of these principles to change over time. These codes leave ample scope for interpretation by those charged with that task. The "living-tree" doctrine, well understood and accepted as a principle of constitutional interpretation, is particularly well suited to human rights legislation. The enumerated grounds of discrimination must be examined in the context of contemporary values, and not in a vacuum. As with other such types of legislation, the meaning of

voirs discrétionnaires conférés au Tribunal dans l'interprétation des dispositions de sa loi constitutive.

Si l'interprétation d'un document sur les droits de la personne, ou même de toute loi, n'est pas compatible avec l'intention du législateur, celui-ci peut facilement remédier à ce problème. Puisqu'il est plus facile de modifier une loi que la Constitution, un législateur peut toujours modifier une loi ou en adopter une autre s'il estime que l'interprétation des tribunaux administratifs est contraire à son intention. Cela a été fait à plusieurs reprises (*Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1980, ch. C-23, qui permet un recouvrement partiel dans le cas de négligence contributive; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, qui a entraîné l'adoption du par. 485(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement à la perte de compétence à l'égard d'une infraction; la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, sous-al. 18(1)l(ii) infirmant la décision de la Cour de l'Échiquier dans l'arrêt *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32, qui autorisait les droits d'adhésion à un club comme dépenses déductibles; l'affaire anglaise *London Graving Dock Co. c. Horton*, [1951] A.C. 737 (H.L.), analysée dans l'arrêt *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456, aux pp. 476 et 477).

Même si le législateur avait à l'esprit une idée spécifique de la portée de l'expression «situation de famille», faute d'une définition précise de cette portée dans la Loi, les notions d'égalité et de liberté que l'on retrouve dans les documents sur les droits de la personne ne sont pas restreintes par la conception précise qu'en avaient leurs auteurs. Les codes des droits de la personne sont des documents qui englobent des principes fondamentaux, mais qui permettent que leur interprétation et leur application soient modifiées au fil des ans. Ces codes laissent à ceux qui sont chargés de les interpréter beaucoup de latitude sur ce plan. La théorie de «l'arbre vivant», bien comprise et acceptée comme principe d'interprétation constitutionnelle, convient particulièrement bien à la législation sur les droits de la personne. Les motifs de distinction illécite énumérés doivent être examinés dans le con-

the enumerated grounds in s. 3 of the Act is not "frozen in time" and the scope of each ground may evolve.

Textual context should not detract from the purposive approach mandated by human rights documents, and legislative intent is best inferred from the legislation itself. Any ambiguities as to the exact boundaries of the enumerated grounds of discrimination were specifically left to the Tribunal's interpretation. Consequently, the Tribunal cannot be reproached for having applied recognized principles of interpretation of human rights legislation, in light of the particular purpose of its Act, as it specifically states at pp. D/6088-89:

... the interpretation of the term "family status" as used in the Act must be governed by the principles of interpretation of human rights codes in general and the Act in particular, enunciated by the Supreme Court of Canada in *O'Malley*, *Bhinder*, *Action travail des femmes* and *Robichaud*. This is not simply a mechanical exercise, because the principles of interpretation are themselves expressed in broad terms.

This approach recognizes the dynamic relationship between specific words and the context in which they are used. In this principle, the regulator of the dynamic forces is the requirement that there be *harmony* between the words and their context. Driedger's approach has been quoted at length to support the observation of McIntyre J. in *O'Malley*, *supra*, that "the accepted rules of construction are *flexible enough* to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment". [Emphasis in original.]

That being said, I turn now to the Tribunal's actual interpretation of "family status" in s. 3 of the Act, to determine whether, according to the proper standard of review, it was patently unreasonable.

texte des valeurs contemporaines, et non dans l'absolu. Comme dans toute loi de ce genre, le sens des motifs de distinction énumérés à l'art. 3 de la Loi n'est pas «établi une fois pour toutes» et leur portée respective peut évoluer.

L'analyse de texte ne devrait pas s'écarter de l'analyse fondée sur l'objet qui doit guider l'interprétation des documents sur les droits de la personne; c'est à partir de la loi même qu'il est le plus facile de dégager l'intention du législateur. On a explicitement laissé au Tribunal le soin d'interpréter toute ambiguïté se rattachant à ce que l'on entend exactement par les motifs de distinction illicite énumérés. Par conséquent, on ne peut reprocher au Tribunal d'avoir appliqué des principes reconnus d'interprétation en matière de droits de la personne, compte tenu de l'objet particulier de la Loi, comme il l'a explicitement mentionné, aux pp. D/6088 et D/6089:

... l'interprétation que l'on donne à l'expression «situation de famille», que l'on retrouve dans la *Loi*, doit reposer sur les principes généraux d'interprétation des codes des droits de la personne et par la *Loi* en particulier, tels qu'énoncés par la Cour suprême du Canada dans les causes *O'Malley*, *Bhinder*, *Action travail des femmes* et *Robichaud*. Il ne s'agit pas tout simplement d'un exercice mécanique puisque les principes d'interprétation sont eux-mêmes exprimés de façon générale.

Cette approche reconnaît le rapport dynamique qui existe entre des mots précis et leur contexte. En principe, ce qui règle le rapport de force dynamique est l'exigence à l'effet qu'il existe une *harmonie* entre les mots et leur contexte. L'approche de Driedger a été citée en détail pour appuyer les observations du juge McIntyre dans l'affaire *O'Malley*, *supra*, à l'effet que «les règles d'interprétation acceptées sont *suffisamment souples* pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif». [En italique dans l'original.]

Cela dit, j'examinerai maintenant comment le Tribunal a interprété l'expression «situation de famille» de l'art. 3 de la Loi, pour déterminer si, selon la norme de contrôle applicable, cette interprétation était manifestement déraisonnable.

5. *The Meaning of "Family Status"*

Across the political spectrum, there is broad appreciation of the vital importance of strong, stable families. Sylvia Law, in "Homosexuality and the Social Meaning of Gender", [1988] *Wis. L. Rev.* 187, suggests that this appreciation is hardly surprising since families are a central institution in most societies. She comments, at pp. 220-21:

Families bear primary responsibility for the nurture and acculturation of children, and for the care of the sick and the old. They provide communities that give personal meaning and value to our lives. Families mediate between the state and the isolated individual. They perform essential income redistribution functions, from adults in their prime earning years to the old, the young and the women who care for them. [Footnotes omitted.]

In her article "A Family Like Any Other Family: Alternative Methods of Defining Family in Law" (1990-1991), 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 1027, at p. 1029, Kris Franklin notes:

Families have long been viewed as among the most essential and universal units of society. This sense of the shared experience of family has led to an often unexamined consensus regarding what exactly constitutes a family. Thus, while "(w)e speak of families as though we all knew what family are," we see no need to define the concepts embedded within the term. [Footnotes omitted.]

This "unexamined consensus" leads many to feel that the term "family" in fact has a plain meaning. This belief is reflected in the decision of the Court of Appeal where Marceau J.A. asks the question, at p. 34, "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?" However, the unexamined consensus begins to fall apart when one is required to define the concepts which are embedded in the term "family" in the context of "family status". How are the boundaries

5. *Le sens de l'expression «situation de famille»*

Dans les milieux politiques, on reconnaît généralement l'importance vitale de familles solides et stables. Selon Sylvia Law, dans «Homosexuality and the Social Meaning of Gender», [1988] *Wis. L. Rev.* 187, cela n'est pas étonnant puisque la famille est un pilier dans la plupart des sociétés. Elle fait les commentaires suivants, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] C'est la famille qui est principalement responsable de l'éducation et de la culture inculquées aux enfants ainsi que des soins prodigués aux malades et aux personnes âgées. La famille contribue à l'établissement de collectivités qui donnent un sens et une valeur de nature personnelle à nos vies. Elle sert d'intermédiaire entre l'État et l'individu isolé. Elle accomplit des fonctions essentielles de redistribution de revenus, entre les adultes dans la force de l'âge actif et les personnes âgées, les jeunes et les femmes qui s'occupent d'eux. [Renvois omis.]

Dans son article intitulé: «'A Family Like Any Other Family: Alternative Methods of Defining Family in Law'» (1990-1991), 18 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 1027, à la p. 1029, Kris Franklin affirme:

[TRADUCTION] La famille compte depuis longtemps parmi les unités sociales les plus essentielles et universelles. Ce sentiment d'expérience familiale partagée a donné lieu à un consensus souvent non vérifié de ce qu'est exactement la famille. En conséquence, puisque l'«(o)n parle de la famille comme si on savait exactement ce dont il s'agit», on n'estime pas nécessaire de définir les notions enchâssées dans ce terme. [Renvois omis.]

Vu ce «consensus non vérifié», beaucoup sont portés à croire que le terme «famille» a en fait un sens ordinaire. Cette croyance se traduit dans la décision de la Cour d'appel dans laquelle le juge Marceau pose la question suivante (à la p. 34): «Ne doit-on pas admettre que, fondamentalement, ce mot a toujours désigné un groupe de personnes ayant des gènes et des ancêtres communs et unis par les liens du sang?» Toutefois, ce consensus perd sa force lorsqu'il faut définir les notions enchâssées dans le terme «famille» de l'expression «situation de famille». Comment faut-il circons-

of that status to be drawn? Is there a plain meaning for "family status"? Could it not be said that "family status" is an attribute of those who live as if they were a family, in a family relationship, caring for each other?

Those who support a formalistic or more restrictive meaning for the term family point out that there is a dominant conception of family that has been traditionally enforced by laws and social custom. The form taken by this dominant conception is commonly referred to as the traditional family. It is widely understood that the traditional family is one composed of a married man and woman and their children (see Bruce Ryder, "Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 39). For example, Census Canada, for the purpose of the census, adopted a definition of the family as:

... a husband and wife (with or without children who have never been married, regardless of age) or a parent with one or more children never married, living in the same dwelling. A family may consist, also, of a man or woman living with a guardianship child or ward under 21 years of age for whom no pay was received.

(Jean E. Veevers, *The Family in Canada*, 1971 Census of Canada, vol. 5, pt. 3, Catalogue 99-725, bulletin 5.3-3 (1977), at p. 3.)

The traditional conception of family is not the only conception. The American Home Economics Association (AHEA) defines a family as "two or more persons who share resources, share responsibility for decisions, share values and goals, and have commitments to one another over time" (adopted in 1973, see I. Diamond, *Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State* (1983), 1, at p. 8). K. G. Terkelsen in "Toward a Theory of the Family Life Cycle" in E. Carter and M. McGoldrick, eds., *The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy* (1980), 21, at p. 23, defines a family as a

crire les limites de cette situation? L'expression «situation de famille» a-t-elle un sens ordinaire? Ne pourrait-on pas soutenir que la «situation de famille» est la situation de personnes qui vivent comme si elles constituaient une famille, dans une relation familiale et dans un climat d'entraide?

Les tenants d'une interprétation formaliste ou plus restrictive du terme «famille» sont d'avis qu'il existe une conception dominante de la famille traditionnellement reconnue par les lois et la coutume sociale. Cette conception dominante est ce que l'on appelle communément la famille traditionnelle, généralement composée d'un homme et d'une femme mariés et de leurs enfants (voir Bruce Ryder, «Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege» (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 39). Par exemple, pour les fins du recensement canadien, une famille est composée:

... d'un époux et d'une épouse avec ou sans enfants célibataires (peu importe leur âge) ou de l'un ou de l'autre des parents avec un ou plusieurs enfants célibataires vivant dans un même logement. Une famille peut être formée également d'un homme ou d'une femme vivant avec un enfant en tutelle ou un pupille de moins de 21 ans pour lequel ils (elles) ne reçoivent pas de rétribution.

(Jean E. Veevers, *La famille au Canada*, Recensement du Canada 1971, vol. 5, pt. 3, n° 99-725 au catalogue, bulletin 5.3-3 (1977), à la p. 3.)

La conception traditionnelle de la famille n'est pas la seule qui existe. Pour l'American Home Economics Association (AHEA), une famille se compose de [TRADUCTION] «deux ou plusieurs personnes qui partagent des ressources, la responsabilité des décisions à prendre, des valeurs et des buts, et qui ont un engagement l'une envers l'autre au cours d'une certaine période» (définition adoptée en 1973, voir I. Diamond, *Families, Politics and Public Policy: A Feminist Dialogue on Women and the State* (1983), 1, à la p. 8). Pour K. G. Terkelsen dans «Toward a Theory of the Family Life Cycle» dans E. Carter et M. McGoldrick, dir., *The Family Life Cycle: A Framework for Family Therapy* (1980), 21, à la p. 23, la famille est

small social system made up of individuals related to each other by reason of strong reciprocal affections and loyalties, and comprising a permanent household (or cluster of households) that persists over years and decades.

M. Stuart in "An Analysis of the Concept of Family" in A. Whall and J. Fawcett, eds., *Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art* (1991), 31, at p. 40, says that there are five critical attributes to the concept of family:

1. The family is a system or unit.
2. Its members may or may not be related and may or may not live together.
3. The unit may or may not contain children.
4. There is commitment and attachment among unit members that include future obligation.
5. The unit caregiving functions consist of protection, nourishment and socialization of its members.

In *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences* (2nd ed. 1988), Dr. Margrit Eichler, who testified before the Tribunal, suggests that attempts to define the family invariably result in exclusion, and that it is more appropriate to talk about families, or familial interaction. She states that this interaction occurs in several dimensions: the procreative dimension; the socialization dimension; the sexual dimension; the residential dimension; the economic dimension; and the emotional dimension. In *Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention* (2nd ed., forthcoming), Wright and Leahey comment as follows (at pp. 3-3 and 3-4):

Designating a group of people with a term such as "couple", "nuclear family", "single-parent family", specifies attributes of membership but these distinctions of grouping are not more or less "families" by reason of labelling. It is the attributes of affection, strong emotional ties, a sense of belonging and durability of membership that determine family composition.

[TRADUCTION] un petit système social composé de personnes liées l'une à l'autre par une affection et une loyauté solides, qui constituent un ménage permanent (ou un groupe de ménages) qui continue d'exister au fil des ans.

D'après M. Stuart, «An Analysis of the Concept of Family» dans A. Whall et J. Fawcett, dir., *Family Theory Development in Nursing: State of the Science and Art* (1991), 31, à la p. 40, la notion de «famille» comporte cinq caractéristiques importantes:

[TRADUCTION]

1. La famille est un système ou une unité.
2. Ses membres peuvent être ou non apparentés et vivre ensemble.
3. L'unité peut comporter des enfants.
4. Il existe entre les membres de l'unité un engagement et un attachement qui comportent une obligation future.
5. L'unité s'occupe de ses membres: protection, nourriture et socialisation.

Dans son ouvrage *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences* (2^e éd. 1988), le D^r Margrit Eichler, qui a témoigné devant le Tribunal, affirme que les tentatives visant à définir la famille créent inmanquablement des exclusions et qu'il convient plutôt de parler de familles ou d'interaction familiale. Cette interaction comporte plusieurs dimensions: la procréation, la socialisation, les relations sexuelles, la résidence, les questions financières et le plan émotif. Dans leur ouvrage: *Nurses and Families: A Guide to Family Assessment and Intervention* (2^e éd. à paraître), Wright et Leahey font les commentaires suivants (aux pp. 3-3 et 3-4):

[TRADUCTION] Lorsque l'on désigne un groupe de personnes comme un «couple», une «famille nucléaire», une «famille monoparentale», on décrit les caractéristiques de l'appartenance au groupe en question, mais ces distinctions ne font pas qu'un groupe constitue plus ou moins une «famille» en raison de la qualification qu'on lui attribue. Ce sont les marques d'affection, les liens émotifs solides, le sens d'appartenance et la permanence des liens qui déterminent la composition de la famille.

We have found the following definition of family to be most useful in our clinical work: the family is who they say they are.

The multiplicity of definitions and approaches to the family illustrates clearly that there is no consensus as to the boundaries of family, and that "family status" may not have a sole meaning, but rather may have varied meanings depending on the context or purpose for which the definition is desired. This same diversity in definition can be seen in a review of Canadian legislation affecting the "family". The law has evolved and continues to evolve to recognize an increasingly broad range of relationships. Different pieces of legislation contain more or less restrictive definitions depending on the benefit or burden of the law to be imposed. These definitions of family vary with legislative purpose, and depend on the context of the legislation. By way of example, one may be part of a family for the purpose of receiving income assistance under welfare legislation, but not for the purpose of income tax legislation.

Despite the demonstrable range of definitions for family, the respondent Attorney General of Canada took a more narrow approach, arguing that the legal status of same-sex partners, either as family or as spouses, has not received extensive judicial consideration. Furthermore, he submits that where it has been considered, courts have almost consistently rejected the proposition that the concept of spouse can include same-sex partners.

The Tribunal, of course, was not concerned here with the definition of "spouse" but rather with "family status" in the particular context of an employee benefit. Be that as it may, both legislatures and courts have long been involved in the process of defining the relationships which will or will not be recognized for various purposes. The resulting legislation and decisions have often had an impact on the ways that families structure themselves. However, the family is not merely a creation of law, and while law may affect the ways in which families behave or structure themselves, the

Dans nos travaux cliniques, c'est la définition qui suit que nous avons jugée la plus utile: la famille se compose des personnes qui disent en constituer une.

La multiplicité des définitions et des conceptions de la famille illustre clairement qu'il n'existe pas de consensus quant aux paramètres de la famille et que l'expression «situation de famille» pourrait bien avoir plusieurs sens, selon le contexte ou l'objet du texte dans lequel cette définition est utilisée. On peut également constater cette diversité lorsque l'on examine les lois canadiennes portant sur la «famille». Le droit en la matière a évolué et continue d'évoluer vers la reconnaissance d'un éventail de plus en plus large de relations. Les textes de loi contiennent des définitions plus ou moins restrictives selon l'avantage ou les responsabilités que la loi désire créer. Ces définitions de la famille varient selon l'intention du législateur et dépendent du contexte de la loi. Ainsi, une personne peut faire partie d'une famille aux fins des prestations d'aide sociale en vertu des lois d'aide sociale, mais ne pas en faire partie aux fins de la loi de l'impôt sur le revenu.

Malgré l'existence démontrable de toute une gamme de définitions du terme «famille», l'intimé le procureur général du Canada préconise une interprétation plus restrictive en soutenant que la situation juridique des partenaires de même sexe, comme famille ou conjoints, n'a pas été examinée de façon approfondie par les tribunaux. Cependant, dans les cas où ils l'ont fait, a-t-il soutenu, les tribunaux ont presque toujours rejeté la proposition que la notion de conjoints peut comprendre des partenaires de même sexe.

De toute évidence, le Tribunal ne cherchait pas à définir le terme «conjoint», mais plutôt l'expression «situation de famille» dans le contexte particulier d'un avantage social. Quoi qu'il en soit, les législateurs et les tribunaux participent depuis longtemps à la définition des relations qui peuvent être reconnues à diverses fins. Les lois et les décisions qui en résultent ont souvent eu une incidence sur la structure de la famille. Toutefois, la famille n'est pas simplement une création juridique, et, bien que la loi puisse influencer sur son comportement ou sa structure, l'évolution des relations familiales

changing nature of family relationships also has an impact on the law. A review of our own legislation reveals the extent to which laws have changed to reflect the realities of families. The treatment of common law spouses is but one example. Law and Family have long been engaged in an Escherian dialectic, each shaping the other while at the same time being shaped. Therefore, in attempting to define "family status", the Tribunal found that it would be inadequate to consider the law without examining the family itself. In this case, the Tribunal considered that the interpretation of "family status" in the Act must account not only for current legal and societal conceptions, but also for the lived experience of family.

While it is arguable that the "traditional family" has an ideological stronghold, it is clear that a large number of Canadians do not live within traditional families. One cannot ignore the fact that, between 1970 and 1987, the divorce rate in Canada rose from 18.6 to 43.1 percent (*Marriage and Conjugal Life in Canada: Current Demographic Analysis*, by Jean Dumas and Yves Péron (1992), at p. 55). The Statistics Canada 1990 Family and Friends survey indicated that half of divorcees aged 30-39 and more than one-third of those aged 40-49 were living common-law (*Marriage and Conjugal Life in Canada, supra*, at p. 50). Many children do not live in nuclear families. For example, in the United States in 1982, it was reported that 25 percent of children under the age of 18 did not live with both biological parents (Bureau of the Census, U.S. Dep't. of Commerce, Current Population Reports, Special Studies Series P-20, No. 380, Marital Status and Living Arrangements: March 1982, at 5, Table F (1983), cited in Bartlett, "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 879, at pp. 880-81). Single-parent families; especially mother-led, are prevalent; an increasing number of parents never marry; divorce is common, as is remarriage; significant numbers of families are comprised of a husband and wife with no children at home; lesbians and homosexuals establish long-term and committed relation-

a aussi une incidence sur le droit. En examinant nos propres lois, on peut se rendre compte dans quelle mesure elles ont évolué afin de s'adapter aux réalités de la famille. Prenons par exemple le cas des conjoints de fait. Le droit et la famille, s'influençant réciproquement, font depuis longtemps l'objet d'une dialectique eschérienne. Par conséquent, pour tenter de définir l'expression «situation de famille», le Tribunal a conclu qu'il ne conviendrait pas de procéder à l'examen de la loi sans procéder à celui de la famille. En l'espèce, le Tribunal a jugé que l'interprétation de l'expression «situation de famille» dans la Loi devait tenir compte non seulement des conceptions juridiques et sociales courantes, mais aussi de l'évolution observée de la famille.

Bien que l'on puisse soutenir que la «famille traditionnelle» est un bastion idéologique, il est évident qu'un grand nombre de Canadiens ne vivent pas au sein de familles traditionnelles. On ne saurait ignorer le fait que le taux de divorce au Canada, entre 1970 et 1987, est passé de 18,6 à 43,1 pour 100 (*Mariage et vie conjugale au Canada: La conjoncture démographique*, Jean Dumas et Yves Péron (1992), à la p. 62). Selon l'enquête sur la famille et les amis réalisée par Statistique Canada en 1990, la moitié des divorcés entre 30 et 39 ans et plus d'un tiers de ceux ayant entre 40 et 49 ans vivaient en union libre (*Mariage et vie conjugale au Canada, op. cit.*, à la p. 55). De nombreux enfants ne vivent pas au sein de familles nucléaires. Par exemple, aux États-Unis en 1982, on a signalé que 25 pour 100 des enfants de moins de 18 ans vivaient avec un seul de leurs parents biologiques (Bureau of the Census, U.S. Dep't of Commerce, Current Population Reports, Special Studies Series P-20, No. 380, Marital Status and Living Arrangements: mars 1982, à la p. 5, Table F (1983), cité dans Bartlett, «Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 879, aux pp. 880 et 881). Les familles monoparentales, dont le chef est souvent de sexe féminin, sont répandues; il existe de plus en plus de parents qui n'ont jamais été mariés; le divorce est fréquent, le remariage aussi; un grand nombre de familles sont com-

ships, and many are involved in raising and nurturing children (M. Mendola, *The Mendola Report: A New Look at Gay Couples* (1980); Phyllis Chesler, *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody* (1986)). As stated in the 1990 Statistics Canada Report *Women in Canada: A Statistical Report* (2nd ed. 1990), at p. 7:

The traditional family, made up of a married couple—with, or without children present—continued to decline in importance to the profit of other forms of living arrangements, both within and outside of the family.

The evidence before the Tribunal was that the traditional family form is not the only family form, but co-exists with numerous others. Though there are Canadians whose experience of family does in fact accord with the traditional model, the way many people in Canada currently experience family does not necessarily fit with this model. For example, Harriet Michel, in “The Case for the Black Family” (1987), 4 *Harv. BlackLetter J.* 21, gives a substantively different conception of family. She suggests that, in the U.S. black community,

[b]ecause slavery often denied us the right to live with our biological kin, our definition of family became any group of individuals who collectively come together in order to provide economic and emotional support to the members of the group.

Similarly, Carol B. Stack, in *All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community* (1974), examined the family networks of the black urban poor. She describes networks of kinship among these groups that are quite different from the traditional understandings of family. These kinship groups include relations based on blood, but extend to include people who would not fit within the traditional model of family. Stack concludes that in studying these families, it is important to look at the way they live, without trying to fit the relationships into the traditional categories. She notes, at p. 31:

posées d’une femme et d’un homme mariés, sans enfants au foyer; les lesbiennes et les homosexuels établissent des relations à long terme et bon nombre d’entre eux participent à l’éducation d’enfants (M. Mendola, *The Mendola Report: A New Look at Gay Couples* (1980); Phyllis Chesler, *Mothers on Trial: The Battle for Children and Custody* (1986)). Comme le mentionne Statistique Canada dans le rapport de 1990 intitulé: *Portrait statistique des femmes au Canada* (2^e éd. 1990), à la p. 7:

La famille traditionnelle composée d’un couple marié avec ou sans enfants a continué de régresser en importance, au profit d’autres arrangements, familiaux ou non familiaux.

Selon la preuve présentée au Tribunal, la famille traditionnelle n’est pas le seul type de famille, mais un parmi bien d’autres. Certes, il existe des Canadiens dont la vie de famille est compatible avec le modèle traditionnel; toutefois, pour beaucoup de personnes au Canada, ce n’est pas nécessairement le cas. Par exemple, Harriet Michel, dans «The Case for the Black Family» (1987), 4 *Harv. BlackLetter J.* 21, présente une conception fort différente de la famille. Relativement à la collectivité noire, elle affirme,

[TRADUCTION] [p]arce que l’esclavage nous a souvent privés du droit de vivre avec nos parents biologiques, notre définition de la famille en est venue à englober tout groupe de personnes qui se regroupent pour offrir un soutien économique et psychologique à ses membres.

De même, dans *All Our Kin: Strategies for Survival in a Black Community* (1974), Carol Stack a examiné les réseaux de familles de la communauté urbaine noire défavorisée. Elle décrit des réseaux de parenté entre ces groupes qui sont fort différents de la notion traditionnelle de la famille. Ces groupes de parents se composent de personnes possédant des liens de consanguinité, mais aussi de personnes qui ne seraient pas incluses dans le modèle traditionnel de la famille. M^{me} Stack conclut que, dans l’étude de ces familles, il importe d’en examiner le mode de vie, sans tenter de classer les relations dans des catégories traditionnelles. Elle dit, à la p. 31:

An arbitrary imposition of widely accepted definitions of the family, the nuclear family, or the matrifocal family blocks the way to understanding how people in The Flats describe and order the world in which they live.

An important insight could be drawn from these comments. While the structure of the family may be a question of choice for some, for others the structure of family may be in part a natural response to social and political pressures. The definition of "family" is thus capable of adapting to changes in the family structure which are caused by such pressures.

In defining the scope of the protection for "family status", the Tribunal considered it essential not only to look at families in the traditional sense, but also to consider the values that lie at the base of our support for families. To look beyond the specific forms a family might take is to ask what value one sees in the family and what lies at the base of society's desire to recognize and support families. In order to define "family status", it is no error to examine the underlying values of families so that, as Lisa R. Zimmer says in "Family, Marriage, and the Same-Sex Couple" (1990), 12 *Cardozo L. Rev.* 681, at p. 699, "actual families, rather than theoretical stereotypes, may enjoy their protected status" (emphasis in original).

There are a variety of values that may lie at the base of society's support of the family. The state focuses on the family as an organizing structure of society. It is argued that the state has an interest in the family as a vehicle to promote social stability. The comments made in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 848, are germane here:

Many believe that marriage and the family provide for the emotional, economic, and social well-being of its members. It may be the location of safety and comfort, and may be the place where its members have their most intimate human contact. Marriage and the family act as

[TRADUCTION] L'application arbitraire de définitions généralement acceptées de la famille, soit la famille nucléaire ou la famille matrilinéaire, ne nous permet pas de comprendre comment les personnages dans The Flats décrivent et organisent le monde dans lequel ils vivent.

On peut tirer une importante leçon de ces commentaires. Bien que la structure de la famille puisse être une question de choix pour certains, elle peut en partie constituer, pour d'autres, une réponse naturelle aux pressions sociales et politiques. La définition du terme «famille» peut en conséquence s'adapter à l'évolution de la structure familiale qu'entraînent ces pressions.

Pour définir l'étendue de la protection contre la discrimination fondée sur la «situation de famille», le Tribunal a jugé essentiel d'examiner non seulement le modèle traditionnel de la famille, mais aussi les valeurs qui sous-tendent l'appui que nous donnons à la famille. Aller au-delà de l'examen des types spécifiques de famille, c'est se demander quelle valeur on prête à la famille et sur quoi se fonde le désir de la société de reconnaître et de soutenir la famille. Pour définir l'expression «situation de famille», on ne commet pas d'erreur en examinant les valeurs familiales sous-jacentes pour que, comme Lisa R. Zimmer le précise dans «Family, Marriage, and the Same-Sex Couple» (1990), 12 *Cardozo L. Rev.* 681, à la p. 699: [TRADUCTION] «la famille véritable, et non des stéréotypes théoriques, puisse bénéficier de la protection que lui confère son statut» (en italique dans l'original).

Il existe toute une gamme de valeurs susceptibles d'expliquer pourquoi la société appuie la famille. L'État met l'accent sur la famille comme structure d'organisation sociale. Certains soutiennent que l'État s'intéresse à la famille comme moyen de promouvoir la stabilité sociale. Les commentaires que l'on retrouve dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 848, sont particulièrement pertinents:

Nombreux sont ceux qui croient que le mariage et la famille assurent le bien-être émotif, économique et social des membres de la cellule familiale. Celle-ci peut être un havre de sécurité et de confort, ainsi qu'une oasis où ses membres ont leur contact humain le plus

an emotional and economic support system as well as a forum for intimacy. In this regard, it serves vital personal interests, and may be linked to building a "comprehensive sense of personhood". Marriage and the family are a superb environment for raising and nurturing the young of our society by providing the initial environment for the development of social skills. These institutions also provide a means to pass on the values that we deem to be central to our sense of community.

The Tribunal found that these values are not advanced to the traditional family and can be advanced in other types of families. For example, while many see marriage as an indicator of stability, it appears from the current rate of marriage breakdown that heterosexual union is not an absolute guarantee of stability. As Hugessen J. noted in *Schaap v. Canadian Armed Forces*, [1989] 3 F.C. 172, at p. 184:

It is a commonplace that the existence of the marriage bond is no guarantee of the permanency and stability of a relationship, just as its absence is no sure indicator of a mere passing fancy.

Stability is a desirable value, but may be achieved in a variety of family forms (Lisa R. Zimmer, *supra*, at note 103; "Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution" (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 193.) It could certainly not have been lost on the Tribunal that long-lasting and stable relationships have been maintained outside the bounds of legal marriage, as well as within same-sex relationships.

These comments also apply to intimate and emotional relationships. These relationships are often conceptualized as heterosexual, and it is often thought that people will form their most intimate and emotionally rewarding relationships with a heterosexual partner. However, the Tribunal was of the view that many individuals have found their most fulfilling relationships outside of marriage, and even outside of sexual relationships completely. In its view, it is to be bound by myth to assume that only heterosexual couples are capable of forming loving caring stable relationships.

intime. Le mariage et la famille représentent un système de soutien émotif et économique aussi bien qu'un lieu d'intimité. À cet égard, la cellule familiale sert des intérêts personnels vitaux et elle peut être liée au développement d'un «sens global de la personnalité». Le mariage et la famille constituent un magnifique environnement pour élever et éduquer les jeunes de notre société en leur fournissant le premier milieu de développement des capacités d'interaction sociale. Ces institutions constituent, en outre, le moyen de transmettre les valeurs que nous jugeons essentielles à notre sens de la collectivité.

Le Tribunal a conclu que ces valeurs n'étaient pas propres à la famille traditionnelle et qu'elles peuvent exister à l'intérieur d'autres types de familles. Par exemple, nombreux sont ceux qui considèrent le mariage comme un signe de stabilité, pourtant le taux actuel de rupture des mariages indiquerait plutôt qu'une union hétérosexuelle n'est pas un gage absolu de stabilité. Comme l'indique le juge Hugessen dans l'arrêt *Schaap c. Forces armées canadiennes*, [1989] 3 C.F. 172, à la p. 184:

C'est un lieu commun d'affirmer que les liens du mariage ne sont pas garants de la permanence ni de la stabilité d'une relation, tout comme leur absence n'est pas nécessairement le signe d'une simple amourette.

La stabilité est une valeur souhaitable, mais on peut y parvenir dans divers types de famille. (Lisa R. Zimmer, *loc. cit.*, note 103; «Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution» (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 193.) Le Tribunal n'était pas sans savoir que des relations stables de longue durée ont été établies en dehors des liens du mariage légal et au sein de relations entre personnes de même sexe.

Ces commentaires s'appliquent également aux relations intimes et émotives, souvent qualifiées d'hétérosexuelles, puisque l'on croit souvent qu'une personne établira ses relations les plus intimes et émotives avec un partenaire hétérosexuel. Toutefois, le Tribunal était d'avis que beaucoup de personnes ont formé leurs relations les plus satisfaisantes en dehors des liens du mariage, voire même en dehors de toute relation sexuelle. Selon le Tribunal, c'est un mythe de croire que seuls les couples hétérosexuels peuvent établir des relations amoureuses stables. Claudia Lewis, dans

Claudia Lewis, in "From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage" (1988), 97 *Yale L. J.* 1783, at p. 1791, argues that it is in the nature of humankind to attempt to form family bonds, that this desire is deeply socially ingrained, and that it is not dependent on heterosexual orientation. Similarly Lisa R. Zimmer, *supra*, at p. 706 says:

... choice of a life partner is just as important for homosexuals as it is for heterosexuals. It is a decision which "fundamentally affect[s] a person" because it is a decision of self-defining import. ... [T]he underlying values of family are not altered by sexual orientation. ...

If there is value in encouraging individuals to form stable and emotionally intimate relationships, such relationships can be forged and maintained in a wide variety of family forms. The emotional and economic safety nets forged by same-sex couples and their families were found not to be without value to society at large.

It was argued by the intervener Focus on the Family that one of the values of the family is its importance to society in fostering procreation, and that procreation requires families to be heterosexual. The argument is that procreation is somehow necessary to the concept of family, and that same-sex couples cannot be families as they are incapable of procreation. Though there is undeniable value in procreation, the Tribunal could not have accepted that the capacity to procreate limits the boundaries of family. If this were so, childless couples and single parents would not constitute families. Further, this logic suggests that adoptive families are not as desirable as natural families. The flaws in this position must have been self-evident. Though procreation is an element in many families, placing the ability to procreate as the inalterable basis of family could result in an impoverished rather than enriched vision.

It was also argued by the intervener Focus on the Family that the traditional family provides the

«From This Day Forward: A Feminine Moral Discourse on Homosexual Marriage» (1988), 97 *Yale L.J.* 1783, à la p. 1791, soutient qu'il est dans la nature humaine de tenter de former des liens familiaux et que c'est un désir profondément ancré socialement, nullement relié à l'orientation hétérosexuelle. Lisa R. Zimmer, *loc. cit.*, exprime aussi une opinion semblable à la p. 706:

[TRANSDUCTION] ... le choix d'un partenaire de vie est tout aussi important pour les homosexuels que pour les hétérosexuels. C'est une décision qui «touche fondamentalement une personne» en ce qu'il s'agit d'une décision qui a une signification personnelle. [...] [L]es valeurs sous-jacentes de la famille ne dépendent pas de l'orientation sexuelle ...

S'il convient d'inciter les gens à former des relations stables et émotivement intimes, il faut préciser que ces relations peuvent être établies et entretenues à l'intérieur de divers types de familles. On a constaté que les liens émotifs et économiques noués par des couples de même sexe et leur famille ne sont pas sans importance pour l'ensemble de la société.

Selon l'intervenant Focus on the Family, une des valeurs de la famille pour la société tient au fait qu'elle favorise la procréation, ce qui suppose un couple hétérosexuel. Il fait valoir que la procréation est en quelque sorte nécessaire au concept de la famille et que les couples de même sexe ne peuvent constituer des familles car ils ne peuvent procréer. Bien que la procréation présente une valeur indéniable, le Tribunal n'aurait pu accepter que la capacité de procréer vienne limiter la conception de la famille. Si tel était le cas, les couples sans enfants et les parents seuls ne constitueraient pas des familles. Si l'on suit cette logique, une famille adoptive ne serait pas aussi souhaitable qu'une famille naturelle. Cet argument présente des faiblesses évidentes. Bien que la procréation soit un élément de la composition de nombreuses familles, considérer la capacité de procréer comme le fondement inaltérable de la famille ne ferait que contribuer à l'appauvrissement et non à l'enrichissement du concept de la famille.

L'intervenant Focus on the Family a aussi soutenu que la famille traditionnelle offre le milieu le

most favourable environment for raising children. Many people in society are still influenced by myth and stereotype concerning the ability of same-sex couples to raise and nurture the children of one or the other. Children raised by lesbians and homosexual men, according to Susan Golombok, are not necessarily different from children raised by heterosexuals (S. Golombok, A. Spencer and M. Rutter, "Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal" (1983), 24 *J. Child Psychol. Psychiat.* 551; comments in A. Sage, "Can gay couples be good parents", *The Independent on Sunday*, March 10, 1991; Gregory M. Herek, "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 *Law & Sexuality* 133). What is important is that children be nurtured. The critical factor is not the family form, nor the presence of mixed sex role models, but the provision of a loving and nurturing environment. From this perspective, the ideal family is one which meets the needs of its members, and best attempts to realize the values that lie at the base of family. As Jane Larson says:

It is the social utility of families that we all recognize, not any one proper form that "the family" must assume; it is the responsibility and community that the family creates that is its most important social function and its social value.

("Discussion" (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012, at p. 1014.)

Families, both traditional and otherwise, have not always succeeded in the promotion of these values. As Adrienne Rich notes in "Husband-Right and Father-Right" in *On Lies, Secrets, and Silence* (1979), at p. 219:

The "preservation of the family" is quoted as an abstract principle without considering the quality of life within the family, or the fact that families may be held together by force, legally sanctioned terrorism, and the threat of violence.

plus favorable pour élever des enfants. Nombre de personnes dans la société sont encore influencées par des mythes et des stéréotypes quant à la capacité des couples de même sexe d'élever les enfants de l'un ou l'autre des partenaires. Selon Susan Golombok, les enfants élevés par des lesbiennes ou des homosexuels ne sont pas nécessairement différents des enfants élevés par des hétérosexuels (S. Golombok, A. Spencer et M. Rutter, «Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal» (1983), 24 *J. Child Psychol. Psychiat.* 551; voir aussi les commentaires de A. Sage, «Can gay couples be good parents», *The Independent on Sunday*, 10 mars 1991, et de Gregory M. Herek, «Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research» (1991), 1 *Law & Sexuality* 133). C'est le bien-être des enfants qui importe. Le facteur important n'est pas le type de famille, ni la présence de modèles incarnant les rôles des deux sexes, mais bien l'établissement d'un environnement chaleureux et propice au bien-être. Selon cette conception, la famille idéale est celle qui répond aux besoins de ses membres et qui tente le mieux possible de réaliser les valeurs qui sous-tendent le fondement de la famille. Comme l'affirme Jane Larson:

[TRADUCTION] C'est l'utilité sociale des familles que nous reconnaissons tous, et non une forme d'utilité particulière que «la famille» devrait avoir; c'est le sens de responsabilité et la collectivité que la famille crée qui constituent sa fonction sociale la plus importante et sa valeur sociale.

(«Discussion» (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012, à la p. 1014.)

Les familles, traditionnelles ou autres, n'ont pas toujours réussi à favoriser ces valeurs. Comme le fait remarquer Adrienne Rich dans «Husband-Right and Father-Right» dans *On Lies, Secrets, and Silence* (1979), à la p. 219:

[TRADUCTION] On considère la «sauvegarde de la famille» comme un principe abstrait, sans tenir compte de la qualité de vie au sein de la famille, ou du fait que les familles restent parfois unies par le recours à la force, au terrorisme sanctionné par la loi et à la menace de violence.

Not all families are or have been sites of happiness, fulfilment and joy for their members. This Court has had many occasions to consider incidents of emotional, physical and sexual violence within families. It goes without saying that the values that lie at the base of society's desire to protect families are not always or even necessarily met within the family.

The reality is, as Didi Herman writes in "Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 789, at p. 802, that families are "sites of contradiction". Some people find family life oppressive, others seek supportive family relations but cannot find them. While the family may provide emotionally satisfying experiences, it may also be the site of brutal, violent and terrifying experiences. However, despite the very real potential for oppression within the family, most people continue to believe that the family also has the potential to be the site of our most important human connections, and that it is these intimate connections that offer the greatest possibilities for individual fulfilment. It is the connections themselves, not simply the form they take, that are important. Jewelle Gomez, in "Repeat After Me: We Are Different. We Are the Same." (1986), 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 935, at p. 939, says:

... our family as we construct it is our survival mechanism, and few of us would be willing to relinquish it. It is impossible for us to imagine moving forward without our families.

Given the range of human preferences and possibilities, it is not unreasonable to conclude that families may take many forms. It is important to recognize that there are differences which separate as well as commonalities which bind. The differences should not be ignored, but neither should they be used to de-legitimize those families that are thought to be different, and as Audre Lorde puts it in "Age, Race, Class, and Sex: Women

Ce ne sont pas toutes les familles qui sont sources de bonheur, d'accomplissement et de joie pour leurs membres. Notre Cour a dû, à maintes reprises, examiner des cas de violence émotive, physique et sexuelle à l'intérieur de familles. Il va sans dire que les valeurs qui sous-tendent le désir de la société de protéger les familles ne sont pas toujours ou même nécessairement présentes au sein de la famille.

La réalité, comme l'affirme Didi Herman dans «Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation» (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 789, à la p. 802, est que les familles sont des «lieux de contradiction». Certains considèrent la vie de famille comme accablante, d'autres souhaitent trouver un appui dans leurs relations familiales, mais n'y parviennent pas. Bien que la famille puisse être la source d'expériences satisfaisantes sur le plan émotif, elle peut aussi être le théâtre d'expériences brutales, violentes et terrifiantes. Toutefois, malgré le risque très réel d'oppression au sein de la famille, la plupart des gens continuent de croire que la famille peut aussi constituer la source de nos rapports humains les plus importants et que ce sont ces rapports intimes qui offrent les plus grandes possibilités de satisfaction personnelle. Ce sont les rapports mêmes, et non simplement la forme qu'ils prennent, qui sont importants. Jewelle Gomez affirme dans «Repeat After Me: We Are Different, We Are the Same» (1986), 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 935, à la p. 939:

[TRADUCTION] ... la famille, selon la forme que nous lui donnons, est notre mécanisme de survie, et peu d'entre nous seraient disposés à y renoncer. Il nous est impossible de songer à progresser sans nos familles.

Vu la gamme de préférences et de possibilités qui existent, il n'est pas déraisonnable de conclure que les familles peuvent prendre de nombreuses formes. Il importe de reconnaître qu'il y aura toujours entre elles des différences ainsi que des points communs. Il ne faut ni oublier ces différences ni s'en servir pour nier tout caractère légitime aux familles jugées différentes; comme l'affirme Audre Lorde dans «Age, Race, Class, and

Redefining Difference" in *Sister Outsider* (1984), 114, at p. 122:

... we must recognize differences among [people] who are our equals, neither inferior nor superior, and devise ways to use each others' difference to enrich our visions and our joint struggles.

Though not all people structure their family relations in the same manner, it is clear that there are common problems. Today, families of all descriptions are subject to pressures that are often shattering. Changes in the economy mean that most families feel that they need the wages of two adult workers. At the same time, families must often care for the young, elderly, and ill, with little help from the larger community. Although these problems are shared by all forms of families, they are further exacerbated in families whose legitimacy is called into question. Given these pressures and responsibilities, it would seem that it is in society's interest to improve conditions to enable families to function as best they can, free from discrimination.

In light of all this, it is interesting to note that, in some ways, the debate about family presents society with a false choice. It is possible to be pro-family without rejecting less traditional family forms. It is not anti-family to support protection for non-traditional families. The traditional family is not the only family form, and non-traditional family forms may equally advance true family values.

The above discussion is not intended to provide an authoritative definition of what constitutes the family, but is rather to illustrate that a purposive approach to the term "family status" can result in an interpretation that can vary depending on the specific context. In the context of the claim made by Mr. Mossop, the Tribunal found that a unilateral and inflexible definition of "family status" could not accord with the purpose of the Act. As the Tribunal explained, "[t]he possibilities inherent

Sex: Women Redefining Difference» dans *Sister Outsider* (1984), 114, à la p. 122:

[TRADUCTION] ... nous devons reconnaître les différences qui existent entre [les gens] qui sont nos égaux, ni inférieurs ni supérieurs, et concevoir des façons d'utiliser ces différences pour enrichir nos conceptions et nos luttes communes.

Bien que tous ne structurent pas leurs relations familiales de la même façon, il existe de toute évidence des problèmes communs. À l'heure actuelle, les familles de toutes sortes sont en proie à des pressions souvent accablantes. Vu les changements dans l'économie, la plupart des familles estiment avoir besoin du salaire de deux travailleurs adultes. Par ailleurs, la famille doit souvent prodiguer des soins aux enfants, aux personnes âgées et aux malades, sans vraiment recevoir d'aide de l'ensemble de la collectivité. Bien que ces problèmes soient communs à tous les types de famille, ils sont exacerbés dans les familles dont le caractère légitime est mis en doute. Étant donné ces pressions et responsabilités, il semblerait être dans l'intérêt de la société d'améliorer les conditions pour permettre aux familles de fonctionner le mieux possible, sans être victimes de discrimination.

Compte tenu de ce qui précède, il est intéressant de noter que, à certains égards, le débat sur la famille offre un faux choix à la société. On peut être en faveur de la famille sans rejeter pour autant les types de familles moins traditionnels. Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles. La famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, et les types de familles non traditionnels peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

Cette analyse ne vise pas à établir une définition faisant autorité de ce qui constitue la famille, mais bien à illustrer qu'une analyse fondée sur l'objet de l'expression «situation de famille» peut donner lieu à une interprétation qui peut varier selon le contexte. Dans le contexte de la demande présentée par M. Mossop, le Tribunal a conclu qu'une définition unilatérale et rigide de l'expression «situation de famille» ne pouvait être compatible avec l'objet de la Loi. Comme l'explique le Tribu-

in the term 'family' are many and complex." (p. D/6092) Cognizant that the purpose of the Act could be subverted by an inappropriate definition, the Tribunal fully appreciated the values at the base of "family", and had a clear understanding of the need to interpret the term in a manner that would accord with the purpose of the Act. The Tribunal expressed the view, at p. D/6094, that:

In applying the principles of interpretation, the task of the Tribunal is to select a meaning which the term "family status" is reasonably capable of bearing, and that best accords with the intention of Parliament, the object of the Act and the scheme of the Act. The Tribunal rejects the view that it must select an exhaustive or all-inclusive meaning. The Act will be invoked in many different sets of circumstances, and the term "family status" inherently has some scope, as it cannot be said to refer to an immutable characteristic, apart perhaps from consanguinity, which may itself be uncertain. The question for the Tribunal, then, is not what is *the* reasonable meaning, but what is *a* reasonable meaning, *which best accords with the Act*. [Emphasis in original.]

The Tribunal did not conclude that there is one definition which will serve for all purposes, but rather determined that the task was to find a reasonable meaning which advanced the rights contained in the Act. Following this approach, it made this assertion, at p. D/6094:

The Tribunal, giving the term "family status" a reasonable meaning which is neither the narrowest meaning of the term nor a minimizing of rights under the Act, holds that, *prima facie*, homosexuals in a relationship are not excluded from relying on that prohibited ground of discrimination.

On the evidence before it and in the context of the Act, the Tribunal concluded that the potential scope of the term "family status" is broad enough that it does not *prima facie* exclude same-sex couples. In making this finding, the Tribunal used the proper interpretational approach and considered the purpose of the Act and the values at the base of the protection of families. This is a matter that lay at the heart of the Tribunal's specialized jurisdiction and expertise, and it cannot be said

nal, à la p. D/6092, «[l]es possibilités inhérentes du mot «famille» sont nombreuses et fort complexes». Reconnaisant que l'objet de la Loi pourrait être contrecarré par une définition inadéquate, le Tribunal était parfaitement conscient des valeurs à la base de la «famille» et a bien compris la nécessité d'interpréter le terme d'une façon compatible avec l'objet de la Loi. Le Tribunal dit, à la p. D/6094:

Relativement à l'application des principes d'interprétation, la tâche du Tribunal consiste à choisir une signification que l'expression «situation de famille» peut raisonnablement avoir, signification qui s'harmonise de la meilleure façon possible avec la volonté du Parlement, l'objet de la Loi et l'intention générale de la Loi. Le Tribunal rejette l'opinion qu'il doit choisir une signification limitative ou globale. On fera appel à la Loi en plusieurs circonstances diverses et l'expression «situation de famille» a une certaine portée inhérente puisque l'on ne saurait prétendre qu'elle décrit une caractéristique immuable, à l'exception possible de la consanguinité, et cela n'est pas très sûr. La question que doit alors trancher le Tribunal n'est pas de déterminer quelle est la signification raisonnable, mais plutôt quelle est une signification raisonnable, *qui s'harmonise de la meilleure façon possible avec la Loi*. [En italique dans l'original.]

Le Tribunal n'a pas conclu qu'il existe une définition polyvalente, mais a plutôt affirmé qu'il devait choisir une signification raisonnable susceptible de promouvoir les droits garantis par la Loi. En ce sens, il fait l'affirmation suivante, à la p. D/6094:

Le Tribunal, en donnant à l'expression «situation de famille» une signification raisonnable, laquelle n'est ni la plus étroite signification de l'expression, ni une limitation des droits accordés par la Loi, est d'avis qu'à première vue on ne saurait empêcher les homosexuels ayant une relation d'invoquer ce motif de distinction illicite.

Selon la preuve dont il disposait et dans le contexte de la Loi, le Tribunal a conclu que le sens possible de l'expression «situation de famille» est suffisamment large pour ne pas exclure à première vue les couples de même sexe. Pour arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur la méthode d'interprétation applicable et a examiné l'objet de la Loi ainsi que les valeurs qui sous-tendent la protection des familles. C'est une question qui touche directement à la compétence spécialisée et à l'expertise

that this conclusion is at all unreasonable, *a fortiori* patently unreasonable. As the Tribunal notes, at p. D/6094:

It must be remembered that to exclude any person from invoking a prohibited ground of discrimination bars any further consideration of the matter under the Act, with potentially serious consequences for individuals. In the view of this Tribunal, such an approach to definition does not give effect to, or advance, the special purpose of the Act as stated in s. 2.

Whatever definition I myself would have adopted, I would not substitute my opinion for the Tribunal's conclusion based on its specialized field of expertise and the evidence before it. Its conclusion is in accord with the broad and purposive interpretation warranted in human rights legislation and is one that, given its purpose, the Act can bear.

Against this broad conceptual definition of the term "family status" in s. 3 of the Act, the Tribunal proceeded to determine, as a question of fact, whether the relationship of Mr. Mossop, Mr. Popert and their relatives was one of a "family status" nature in the specific and factual context of Mr. Mossop's claim for bereavement leave.

6. "Family Status" in Context

The Tribunal did not ignore the difficulties involved in finding a practical and reasonable definition which could be applied to determine whether or not "family status" would apply in the matter before them. Given its interpretation of that term as set out in s. 3 of the Act, and accepting that there is no one definition which could serve for all purposes, the Tribunal adopted a functional approach which it describes at p. D/6094:

As a practical matter, the Tribunal agrees with the complainant that terms should not be confined to their historical roots, but must be tested in today's world, against an understanding of how people are living and how language reflects reality. Dr. Eichler's evidence, as well as that of the complainant, was helpful in making these assessments.

du Tribunal; on ne saurait affirmer que cette conclusion est le moindrement déraisonnable, à plus forte raison manifestement déraisonnable. Comme l'affirme le Tribunal, à la p. D/6094:

On doit se rappeler que le fait d'interdire à une personne quelconque d'alléguer un motif illicite de distinction prohibe tout examen ultérieur de la question selon la Loi, et cela pourrait entraîner de graves conséquences pour les individus. Le Tribunal est d'avis que le fait d'adopter une telle approche à la définition ne favoriserait ni ne réaliserait l'objet spécial de la Loi tel qu'énoncé à l'art. 2.

Quelle que soit la définition que j'aurais adoptée, je ne substituerai pas mon opinion à la conclusion du Tribunal qui est formulée dans le cadre de son domaine d'expertise et basée sur la preuve qui lui a été présentée. Sa conclusion correspond à l'interprétation large et fondée sur l'objet que l'on préconise en matière de droits de la personne, et elle en est une que, vu son objet, la Loi peut soutenir.

Une fois établie cette définition large de l'expression «situation de famille» figurant à l'art. 3 de la Loi, le Tribunal a ensuite examiné si, dans les faits, M. Mossop, M. Popert et leur parenté avaient une relation de cette nature dans le contexte spécifique et factuel de la demande de congé de deuil de M. Mossop.

6. La «situation de famille» en contexte

Le Tribunal n'ignorait pas qu'il était difficile de trouver une définition pratique et raisonnable qui pourrait servir à déterminer si l'expression «situation de famille», à l'art. 3 de la Loi, caractérise la situation en l'espèce. Vu l'interprétation qu'il a donnée à cette expression, et acceptant qu'il n'existe pas une seule définition polyvalente, le Tribunal a adopté une approche fonctionnelle qu'il décrit, à la p. D/6094:

Cela signifie en pratique que le Tribunal partage l'opinion du plaignant à l'effet que les termes ne doivent pas se limiter à leur acception traditionnelle, mais doivent plutôt être mesurés dans le monde d'aujourd'hui, en fonction d'une compréhension de la vie courante et de la façon dont la langue reflète cette réalité. Le témoignage du Dr Eichler, ainsi que celui du plaignant, ont été fort utiles pour en arriver à ces conclusions.

Dr. Eichler's evidence was that it is possible to determine whether or not a family exists for a given purpose by using a functional approach. The functional approach involves an examination of a cluster of variables that may be commonly found in families. These variables might include the existence of a relationship of some standing in terms of time and with the expectation of continuance, self-identification as a family, holding out to the public of the unit as a family, an emotional positive involvement, sexual union, raising and nurturing of children, caregiving to children or adults, shared housework, internal division of life-maintenance tasks, co-residence, joint ownership or joint use of property or goods, joint bank accounts, and naming of other party as beneficiary of a life insurance policy. Dr. Eichler noted that the list is not exhaustive, nor is it determinative. Not all variables are present in any given family, and there is no one variable that is present in all families.

This type of approach was used in the U.S. case *Braschi v. Stahl Associates Co.*, 74 N.Y.2d 201 (1989), at pp. 212-13. The court, in determining whether or not a same-sex couple was a family for the purpose of rent control benefits, considered a variety of factors including:

... the exclusivity and longevity of the relationship, the level of emotional and financial commitment [of the partners to each other], the manner in which the parties have conducted their everyday lives and held themselves out to society, and the reliance placed upon one another for daily family services.

In that case, the majority emphasised that no one factor was individually dispositive, and that it was the totality of the relationship which should control.

Some commentators have pointed out that the functional approach is not without potential difficulties. In this regard, I would refer to "Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition of

Dans son témoignage, le Dr Eichler a affirmé que l'on peut déterminer l'existence d'une famille pour une fin donnée à partir d'une approche fonctionnelle. Cette approche nécessite l'examen de toute une série de variables que l'on rencontre habituellement dans les familles, dont l'existence d'une relation établie depuis un certain temps, qui doit en principe se poursuivre, le fait de s'identifier comme famille, le fait que la cellule en question se présente publiquement comme une famille, l'existence de liens émotifs positifs et de relations sexuelles, l'éducation et le bien-être des enfants, le soin d'enfants ou d'adultes, le partage des tâches domestiques, la division des travaux quotidiens d'entretien, la cohabitation, la copropriété ou l'utilisation conjointe des biens, les comptes bancaires conjoints et la désignation de l'autre partie comme bénéficiaire d'une police d'assurance-vie. Le Dr Eichler a précisé qu'il ne s'agit pas là d'une liste exhaustive ni déterminante. Ce ne sont pas toutes les variables qui sont présentes dans une famille donnée, et il n'existe pas une variable précise qui est toujours présente dans toutes les familles.

Ce type d'approche a été utilisé dans l'arrêt américain *Braschi c. Stahl Associates Co.*, 74 N.Y.2d 201 (1989), aux pp. 212 et 213. Pour déterminer si un couple du même sexe constituait une famille aux fins de la fixation du loyer, le tribunal a examiné un certain nombre de facteurs:

[TRADUCTION] ... l'exclusivité et la durée de la relation, le degré de la relation émotive et financière [des partenaires l'un envers l'autre], la façon dont les parties se conduisent dans leur vie de tous les jours et dont elles se présentent publiquement, et le fait qu'elles se font mutuellement confiance relativement à l'accomplissement des services courants au sein d'une famille.

Dans cet arrêt, le tribunal, à la majorité, a précisé qu'il n'y avait pas un seul facteur déterminant et que c'est l'ensemble de la relation qu'il fallait examiner.

Certains commentateurs ont indiqué que l'approche fonctionnelle risque de soulever des difficultés. Sur ce sujet, on peut se reporter à l'article «Looking for a Family Resemblance: The Limits of the Functional Approach to the Legal Definition

Family” (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1640. The use of a functional approach would be problematic if it were used to establish one model of family as the norm, and to then require families to prove that they are similar to that norm. It is obvious that the application of certain variables could work to the detriment of certain types of families. By way of example, the requirement that a couple hold themselves out to the public as a couple may not, perhaps, be appropriate to same-sex couples, who still often find that public acknowledgement of their sexual orientation results in discriminatory treatment. It is also possible that a functional model may be used to subject non-traditional families to a higher level of scrutiny than families who appear to conform more to the traditional norm. Counsel for the respondents raised concerns relating to the practicability of this approach. In response, the Tribunal remarked that the “identification of the difficulties which arise from application of the term must be separated from [the] solution to these difficulties” (p. D/6093) and concluded that, in spite of such difficulties, the functional approach was helpful in making an assessment “tested in today’s world, against an understanding of how people are living” (p. D/6094).

In adopting a functional approach, the Tribunal was acting within its jurisdiction, and cannot be said to have chosen an arbitrary method. Every method has its drawbacks. A functional approach offers distinct advantages over a more formalistic approach which systematically excludes all but a specific form of relationship. Further, it provides an objective yet flexible standard, which allows for a more accurate recognition of a greater number of family groupings which share characteristics which are thought to be essential in specific contexts. It does not mandate that certain variables must be present, nor dictate the weight of any given variable. In different contexts, different variables will have more, less or perhaps even no weight. However, the weight of any given variable can only be determined in the specific context. The functional approach has the additional attraction of being a well-rounded test which, by incorporating

of Family» (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1640. Ainsi, une approche fonctionnelle soulèverait des problèmes si elle était utilisée pour établir un modèle de famille type et exiger ensuite des familles qu’elles prouvent leur compatibilité avec la norme. De toute évidence, l’application de certaines variables pourrait défavoriser certains types de familles. Par exemple, l’exigence qu’un couple se présente publiquement comme tel pourrait peut-être ne pas être appropriée dans le cas de couples de même sexe, qui estiment encore souvent qu’ils sont victimes de discrimination lorsque leur orientation sexuelle est connue. Une approche fonctionnelle pourrait aussi donner lieu à un examen plus approfondi de la situation des familles non traditionnelles que de celle des familles qui paraissent répondre davantage à la norme traditionnelle. L’avocat des intimés a exprimé des réserves quant à l’application pratique de cette approche. En réponse, le Tribunal a fait remarquer, aux pp. D/6093 et D/6094, que l’«on doit établir une distinction entre l’identification [...] des difficultés rattachées à l’application de cette expression et la solution [...] à telles difficultés», et il a conclu que, malgré ces difficultés, l’approche fonctionnelle permet de faire une évaluation «dans le monde d’aujourd’hui, en fonction d’une compréhension de la vie courante» (à la p. D/6094).

En adoptant une approche fonctionnelle, le Tribunal a agi dans les limites de sa compétence, et on ne saurait soutenir qu’il a choisi une méthode arbitraire. Toute méthode comporte des lacunes. L’approche fonctionnelle offre des avantages distincts par rapport à une approche plus formaliste qui exclut systématiquement tous les types de relations, sauf un type bien précis. Par ailleurs, elle établit une norme souple mais objective, qui permet de dresser un tableau plus juste d’un plus grand nombre de groupes familiaux qui partagent des caractéristiques jugées essentielles dans des contextes spécifiques. Cette approche n’exige pas la présence de certaines variables et ne dicte pas l’importance d’une variable donnée. Dans des contextes différents, des variables différentes auront une importance supérieure, inférieure ou peut-être même nulle. Toutefois, l’importance d’une variable donnée ne pourra être déterminée que dans un

a
b
c
d
e
f
g
h
i
j

a greater number of factors, may assist a tribunal in making determinations as to whether or not a family exists for a given purpose. This approach provides guidance to tribunals, yet retains a strong element of flexibility. As society's understanding of family relationships continues to develop and evolve, this approach will allow such a definition to remain more readily adaptable to the realities of families in specific contexts. Although there are other approaches, the choice made by the Tribunal was certainly not unreasonable.

Utilizing this functional approach, the Tribunal was required to determine whether or not Mr. Mossop and Mr. Popert could properly be considered to come within the scope of "family status". In reaching a determination, the Tribunal noted the importance of remaining focused on the purpose of the Act, and on an understanding of how people are living. It confirmed (at p. D/6094) that:

Value judgments should play no part in this process, because they may operate to favour a view of the world as it might be preferred over the world as it is. The Tribunal notes the conclusion reached by Hugessen J. in *Schaap* that the *Act* does not promote certain types of status over others and that the *Act* is intended to address group stereotypes.

The Tribunal also considered the evidence of Dr. Eichler, as well as her opinion after hearing the other evidence presented. She expressed the following view:

... this is a relationship of some standing in terms of time with the expectation of continuance. So it's not a relationship that is defined in terms of time. You have the joint residence, you have economic union in many ways as expressed by the fact that the house is jointly owned, that life insurance—the people, the two (2) partners are beneficiaries—that there's joint financing, it's a sexual relationship, housework is shared and it's an emotional relationship which is a very important aspect of familial relationships. And on that basis I would say it has the status of a familial relationship.

contexte spécifique. De plus, l'approche fonctionnelle est une méthode harmonieuse qui, en raison du nombre élevé de facteurs examinés, peut aider un tribunal à déterminer si une famille existe à une fin donnée. Cette approche sert de guide aux tribunaux, mais conserve une grande souplesse. À mesure qu'évolue la conception des relations familiales dans la société, cette approche permettra d'adapter plus facilement la définition aux réalités de la cellule familiale dans des contextes spécifiques. Bien qu'il existe d'autres types d'approches, le choix du Tribunal n'est certainement pas déraisonnable.

À partir de cette approche fonctionnelle, le Tribunal a dû examiner si la relation de MM. Mossop et Popert pouvait être qualifiée de «situation de famille». Dans sa conclusion, le Tribunal a fait ressortir qu'il importe de ne pas oublier l'objet de la Loi et de bien comprendre le mode de vie des gens. Il affirme, à la p. D/6094:

Ce processus ne doit comprendre aucun jugement de valeur, puisqu'il pourrait sembler pencher en faveur d'une conception idéalisée plutôt que réelle du monde. Le Tribunal constate la conclusion à laquelle en était arrivé le juge Hugessen dans l'affaire *Schaap*, à savoir que la *Loi* ne favorise pas certains types d'états plutôt que d'autres, et que la *Loi* a pour objet de corriger les stéréotypes collectifs.

Le Tribunal a également examiné le témoignage du Dr Eichler ainsi que son opinion après avoir entendu les autres témoignages. Elle a exprimé le point de vue suivant:

[TRADUCTION] ... il s'agit d'une relation établie depuis un certain temps, qui doit en principe se poursuivre. Ce n'est donc pas une relation que l'on peut définir en fonction de sa durée. Il y a cohabitation, il y a union économique à plusieurs égards, démontrée par le fait que la maison est une copropriété, que l'assurance-vie—les parties impliquées, les deux partenaires sont bénéficiaires—il y a mise en commun des finances, c'est une relation sexuelle, il y a partage des tâches domestiques et une relation d'ordre émotif, soit un aspect très important des relations familiales. C'est pourquoi je suis d'avis que cette relation constitue une relation familiale.

The Tribunal concluded that the specific relationship before it was one which, on the evidence, could come within the scope of "family status". In accordance with the principles of curial deference enunciated at the outset, the Tribunal's findings of fact are unassailable except in the face of a patently unreasonable error.

At this juncture, it is useful to note that the finding of fact was, in the context of the Act, that this couple could come within the scope of "family status". The Tribunal made no finding that this couple, or any other couple, would come within "family status" for all purposes or in all contexts. As noted earlier, the complexity of the term militates against such a conclusion. Rather, the tribunal found that, at this stage of the analysis, Mr. Mossop's claim of discrimination on the basis of "family status" could be entertained. This conclusion was based on the evidence and an interpretation in accordance with the proper principles of interpretation of human rights legislation. In my view, this conclusion is far from being patently unreasonable, and must therefore be left undisturbed.

Having reached this conclusion, the Tribunal went on to discuss the particulars of the complaint in the specific context of the collective agreement, which I will now address.

The Collective Agreement

Section 10(b) of the Act, reproduced above, states that it is a discriminatory practice for employers or employer organizations to enter into agreements which deprive individuals of employment opportunities on prohibited grounds of discrimination. The Tribunal asserted, at p. D/6095, that this section applies to collective agreements:

There can be no doubt that the collective agreement is the type of agreement subject to s. 10(b). This approach recognizes the reality that the negotiation and resolution of a collective agreement are a joint effort and that both parties, as signatories to the collective agreement, are legally bound by the final product of that effort (whether

Le Tribunal a conclu que, d'après la preuve, la relation en question pouvait être visée par l'expression «situation de famille». Conformément aux principes de retenue judiciaire déjà énoncés, les conclusions de fait du Tribunal sont inattaquables, sauf en présence d'une erreur manifestement déraisonnable.

Je tiens ici à faire remarquer que, dans le contexte de la Loi, la conclusion de fait était que le couple est visé par l'expression «situation de famille». Le Tribunal n'a pas conclu que ce couple, ou un autre, serait visé par l'expression «situation de famille» à toutes les fins et dans tous les contextes. Comme je l'ai déjà mentionné, la complexité de l'expression va à l'encontre d'une telle conclusion. Le Tribunal a plutôt conclu que, à cette étape de l'analyse, la plainte de discrimination de M. Mossop pour un motif fondé sur sa «situation de famille» pouvait être reçue. Cette conclusion est fondée sur la preuve et sur une interprétation conforme aux principes d'interprétation applicables aux lois sur les droits de la personne. À mon avis, cette conclusion est loin d'être manifestement déraisonnable et elle ne devrait donc pas être modifiée.

Parvenu à cette conclusion, le Tribunal s'est ensuite penché sur les détails de la plainte dans le contexte spécifique de la convention collective, question que j'examinerai maintenant.

g La convention collective

Selon l'al. 10b) de la Loi, que j'ai déjà reproduit, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait pour l'employeur ou l'organisation syndicale de conclure des ententes qui annihilent les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu. Le Tribunal a conclu, à la p. D/6095, que cette disposition s'appliquait aux conventions collectives:

La convention collective est sans aucun doute le type de convention visée par le para. 10b). Cette approche reconnaît qu'en réalité, les négociations et l'agrément d'une convention collective sont le fruit d'un effort conjoint et qu'à titre de signataires de la convention collective, les deux parties sont juridiquement liées par le pro-

or not, as CUPTE noted, it is morally acceptable to one or the other).

The question was thus whether art. 19.02 of the collective agreement between the Treasury Board and CUPTE violated s. 10(b) of the Act. Article 19.02, reproduced at the outset of these reasons, provided for bereavement leave. The Tribunal commented, at p. D/6096, that "bereavement leave is an 'employment opportunity' as that term is used in s. 10(b) of the Act", and consequently held that the section applied to Mr. Mossop's claim. This was not disputed before the Tribunal.

As an aside, an employer is generally not under any obligation to provide such benefits to its employees, and the failure to provide bereavement leave would not constitute discrimination under the Act. However, where benefits are extended, they must be extended in a fashion that does not discriminate under the Act. Given the potentially vast number of beneficiaries and the cost of administering benefit systems, it is not unreasonable for an employer to limit them. An employer may wish to define beneficiaries broadly or more narrowly, depending on the aims it pursues, and a group which is considered a family for one purpose may not be so considered for another. A benefit cannot, however, be extended or denied on a prohibited ground of discrimination.

The Tribunal, having earlier held that no one definition of family would serve for all purposes, did in fact consider the purpose of bereavement leave. In the words of the Tribunal, "Bereavement leave appears to be designed to meet the particular needs of family members at a difficult time." (p. D/6096) At those times, an employee is confronted with exceptionally stressful circumstances. There is the need to attend (and often even arrange for) the funeral, and to remain close to other family members to provide comfort and support. A bereavement leave recognizes the need for mourning the death of those with whom one has cultivated productive and intimate relationships. Alleviating pain in these circumstances is a mark of

duit final de tel effort (que cela soit ou non, comme l'a fait remarquer le SCEPT, moralement acceptable à l'une ou l'autre partie).

Il s'agissait donc de déterminer si l'art. 19.02 de la convention collective entre le Conseil du Trésor et le SCEPT contrevenait à l'al. 10b) de la Loi. L'article 19.02, reproduit au début, porte sur le congé de deuil. Le Tribunal a affirmé, à la p. D/6096, qu'«un congé de deuil est une «chance d'emploi» selon le sens que donne à cette expression le para. 10b) de la Loi», et a conclu que cette disposition s'appliquait donc à la plainte de M. Mossop. Ce point n'a pas été contesté devant le Tribunal.

Entre parenthèses, un employeur n'est généralement pas tenu d'offrir ce genre d'avantages à ses employés, et il ne commet pas d'acte discriminatoire aux termes de la Loi s'il n'offre pas de congé de deuil. Toutefois, si un avantage est offert, il ne doit pas l'être d'une façon discriminatoire en contravention de la Loi. Compte tenu du grand nombre de bénéficiaires possibles et du coût d'administration des régimes d'avantages sociaux, il n'est pas déraisonnable qu'un employeur cherche à limiter le nombre de bénéficiaires. Par exemple, un employeur voudra peut-être définir les bénéficiaires d'une façon large ou restreinte, selon les fins qu'il poursuit; un groupe considéré comme une famille à une fin donnée pourrait bien ne pas l'être dans un autre cas. Toutefois, un avantage ne peut être conféré ou refusé pour un motif de distinction illicite.

Après avoir établi qu'aucune définition du terme «famille» ne saurait servir dans tous les cas, le Tribunal a examiné l'objet du congé de deuil. Pour reprendre les propos du Tribunal, à la p. D/6096: «Il semble que tels congés aient été conçus pour desservir les besoins précis des membres d'une famille à un moment difficile.» L'employé vit alors des circonstances exceptionnellement stressantes. Il doit assister aux obsèques (et souvent s'occuper des dispositions nécessaires), et être près des autres membres de la famille pour leur fournir réconfort et soutien. Un congé de deuil reconnaît la peine qui suivra nécessairement le décès de ceux avec qui une personne a cultivé des relations productives et intimes. Chercher à atténuer cette peine

consideration both to the employees and those who are close to them. The Tribunal acknowledged the need to focus on the purpose of the benefit in determining whether or not the definition of "immediate family" was discriminatory. In its words, at p. D/6096:

The Tribunal notes that, in *Schaap*, the Federal Court of Appeal took the approach that, given the purpose of the benefit in that case (relating to housing), the formal status of the parties was not as relevant as whether persons in other types of relationships functionally had the same characteristics which the employer should recognize. [Emphasis added.]

This being said, the Tribunal turned to examine art. 19.02 itself in order to ascertain which types of relationships the collective agreement did in fact recognize. It must be stressed at the outset that the Tribunal was not engaged in the interpretation of any of the provisions of the collective agreement. It simply placed the definition of "immediate family" in art. 19.02 of the collective agreement alongside the prohibited ground of discrimination "family status" in s. 3 of the Act as defined by the Tribunal. In so doing, the Tribunal noted that the definition of "immediate family" includes some of those with whom the employee has a direct relationship (by blood, marriage, wardship or permanent residence), and some of those with whom the employee has an indirect relationship through his or her spouse, whether by marriage or common law. Common-law spouse is defined in art. 2.01(s) of the collective agreement through a type of functional approach including factors such as stability, continuity, shared residence and public holding out, but excluding same-sex couples. The Tribunal remarked, at p. D/6097:

The existing definition of "immediate family" in ss. 19.02 and 2.01(s) could be described, using Dr. Eichler's terminology, as based on the identification of certain familial relationships which the parties have agreed to recognize, as opposed to some general definition of "family". It includes common-law spouses and children who are not children of the employee (but who are children of a common-law spouse or wards), and it excludes relatives of any type not named unless they

dans ces circonstances est un signe de considération tant pour l'employé que pour ses proches. Le Tribunal a reconnu la nécessité de mettre l'accent sur l'objet de l'avantage lorsqu'il faut déterminer si la définition de «proche famille» est discriminatoire. Il affirme, à la p. D/6096:

Le Tribunal constate que dans l'affaire *Schaap*, la Cour d'appel fédérale avait adopté l'attitude que, compte tenu de l'objet de l'avantage recherché dans cette affaire (relatif au logement), l'état formel des parties n'était pas aussi pertinent que de savoir si des personnes ayant d'autres types de relations possédaient les mêmes caractéristiques fonctionnelles que l'employeur devait reconnaître. [Je souligne.]

Le Tribunal a ensuite examiné l'art. 19.02 afin de déterminer quels types de relations la convention collective reconnaît. Je tiens à préciser tout de suite que le Tribunal n'a cherché à interpréter aucune des dispositions de la convention collective. Il n'a fait que comparer la définition de «proche famille» prévue à l'art. 19.02 de la convention collective et le motif de distinction illicite fondé sur la «situation de famille» figurant à l'art. 3 de la Loi tel qu'il l'a interprété. Le Tribunal a fait remarquer que la définition de «proche famille» comprend certaines personnes avec qui l'employé a une relation directe (consanguinité, mariage, tutelle ou résidence permanente), ainsi que certaines autres personnes avec qui il a des relations indirectes par l'entremise de son conjoint, que ce soit à la suite d'un mariage ou d'une union de fait. L'alinéa 2.01s) de la convention collective donne une définition de «conjoints de droit commun» au moyen d'une approche fonctionnelle qui comprend des facteurs comme la stabilité, la permanence, le partage d'une résidence et la façon dont on se présente publiquement, mais qui exclut les couples du même sexe. Le Tribunal a fait remarquer, à la p. D/6097:

La définition présente de «famille immédiate» aux para. 19.02 et 2.01s) pourrait être décrite, selon la terminologie du Dr Eichler, comme étant fondée sur l'identification de certaines relations familiales que les parties ont convenu de reconnaître, par rapport à quelque définition générale de «famille». Elle comprend le conjoint de fait et les enfants qui ne sont pas les enfants de l'employé (mais plutôt ceux d'un conjoint de fait ou des enfants adoptifs), et elle exclut les parents autres que

share a permanent residence with the employee. The existing definition, therefore, already incorporates a functional approach to the type of relationships for which bereavement leave is appropriate. Looking again to the decision of the Federal Court of Appeal in *Schaap*, the definition is partly based on formal legal relationships and partly based on relationships defined by factual considerations such as stability, permanence and shared residence. It will be noted that it excludes a person of the same sex who, but for gender, would otherwise be included as a common-law spouse, as well as excluding those related to that person who would otherwise be included.

The collective agreement restricted the bereavement leave to immediate family. Such a restriction is not of itself unreasonable. Immediate family lies at the centre of our deepest and most intimate relationships, and such deaths raise unique concerns. However, the definition of "immediate family" in the collective agreement clearly included some familial relationships while excluding others. In particular it excluded those employees in permanent and public relationships with persons of the same sex. The purpose of this exclusion was not argued before the Tribunal, nor was there any evidence presented which could have led the Tribunal to conclude that the exclusion of same-sex couples was related to the purpose of the benefit. That is, there was nothing to suggest that same-sex couples would suffer less grief upon the death of members of their immediate family.

Rather, the evidence was that the relationship of these two men had functionally the same characteristics as other relationships for which bereavement leave was deemed appropriate. On the facts and in the context of a bereavement leave benefit, Mr. Mossop and Mr. Popert could clearly be called immediate family. However, as the Tribunal noted, the definition of "immediate family" in the collective agreement had the effect of excluding this couple. In fact, the exclusion rendered invisible the nature of the relationship between Mr. Mossop and Mr. Popert, and treated them as if it did not exist. The Tribunal could only find, as it did, that the collective agreement treats some types of familial

ceux qui ont été nommés, à moins que ceux-ci ne partagent la résidence permanente de l'employé. Il s'ensuit que la définition présente incorpore déjà une approche fonctionnelle au type de relations pour lequel un congé de décès est approprié. En reprenant à nouveau la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Schaap*, la définition se fonde en partie sur des relations juridiques formelles et en partie sur des relations définies par des considérations de faits tels que la stabilité, la permanence, et le partage d'une résidence. Remarquons qu'elle exclut une personne du même sexe qui, à l'exception de son genre, serait autrement incluse à titre de conjoint de fait, et elle exclut également les personnes apparentées à cette personne qui seraient autrement incluses.

La convention collective limite le congé de deuil au décès d'un membre de la proche famille. Une telle restriction n'est pas en soi déraisonnable. La proche famille se situe au centre de nos relations les plus profondes et les plus intimes, et le décès de ceux qui en font partie crée des préoccupations uniques. Toutefois, de toute évidence, la définition de l'expression «proche famille» dans la convention collective inclut certaines relations familiales et en exclut d'autres. Elle exclut notamment un employé vivant une relation permanente et publique avec une personne de même sexe. On n'a pas soulevé l'objet de cette exclusion devant le Tribunal, ni présenté de preuve qui aurait pu porter le Tribunal à conclure que l'exclusion des couples de même sexe avait un lien avec l'objet de l'avantage. Rien ne laissait entendre en effet que les couples de même sexe auraient moins de chagrin en cas de décès d'un membre de leur proche famille.

La preuve présentée a plutôt démontré que la relation de ces deux hommes avait fonctionnellement les mêmes caractéristiques que d'autres types de relations auxquelles le congé de deuil est réputé s'appliquer. D'après les faits et dans le contexte d'un congé de deuil, MM. Mossop et Popert ne peuvent manifestement qu'être inclus dans la proche famille. Toutefois, comme l'a fait remarquer le Tribunal, la définition de «proche famille» dans la convention collective avait pour effet d'exclure ce couple. En fait, l'exclusion ne tient pas compte de la nature de la relation entre MM. Mossop et Popert et elle les traite comme si elle n'existait pas. Le Tribunal pouvait seulement conclure, comme il

relationships differently than others. It summarized its findings as follows, at p. D/6097:

Having determined that persons of the same sex *prima facie* may have the status of a family under the *Act*, and having determined that the family of the complainant is treated differently under the *Act* than other families, including but not limited to families which are very similar in their characteristics to that of the complainant, this Tribunal therefore finds that the collective agreement deprived the complainant of the employment opportunity of bereavement leave on a prohibited ground of discrimination, and that therefore each of the Treasury Board and CUPE have committed a discriminatory practice under s. 10(b) of the *Act*.

The Tribunal simply found that, given Mr. Mossop's factual situation and the purpose of the bereavement leave, Mr. Mossop had been denied an employment opportunity on the basis of the prohibited ground of "family status", contrary to s. 10(b) of the *Act*.

The Attorney General argued that the Tribunal committed an error in finding that the term "spouse" could include a same-sex partner. With respect, that is not what the Tribunal did. The Tribunal did not conclude that a same-sex partner is a common law spouse, but rather found that, in the context of a bereavement benefit, this same-sex couple was in a relationship which was functionally similar to those relationships which were properly within the scope of "immediate family", and should thus be treated in a similar fashion. The Tribunal simply considered the definition of "immediate family" in the collective agreement, without in any way interpreting it, and concluded that, on its face, different types of families were arbitrarily treated differently, in a manner that infringed s. 3 and s. 10(b) of the *Act*.

The Attorney General also argued that the Tribunal erred in finding discrimination on the basis of "family status", rather than based on sexual orientation, a ground not found in s. 3 of the *Act*. As the Chief Justice points out, in a ruling of the Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (rendered after this case

l'a fait, que la convention collective traite certains types de famille différemment d'autres. Il a résumé ainsi ses conclusions, à la p. D/6097:

Ayant conclu que les personnes de même sexe peuvent à première vue avoir le statut d'une famille selon la *Loi*, et ayant conclu que la famille du plaignant reçoit un traitement différent aux termes de la *Loi* que d'autres familles, y compris mais sans limiter la généralité de ce qui précède aux familles dont les caractéristiques ressemblent beaucoup à celles du plaignant, ce Tribunal en arrive à la conclusion que la convention collective a privé le plaignant d'une chance d'emploi, savoir, un congé de deuil, pour un motif de distinction illicite, et il s'ensuit que le Conseil du Trésor et le SCEPT ont commis un acte discriminatoire selon le para. 10b) de la *Loi*.

Le Tribunal a tout simplement conclu que, compte tenu des faits se rapportant à M. Mossop et de l'objet du congé de deuil, ce dernier a été privé d'une chance d'emploi pour un motif de distinction illicite, savoir la «situation de famille», en contravention de l'al. 10b) de la *Loi*.

Le procureur général du Canada est d'avis que le Tribunal a commis une erreur en concluant que le terme «conjoint» pouvait comprendre un partenaire du même sexe. Avec égards, ce n'est pas ce que le Tribunal a fait. Il n'a pas conclu qu'un partenaire du même sexe est un conjoint de fait, mais bien que, dans le contexte d'un congé de deuil, un couple de même sexe se trouvait dans une relation qui était fonctionnellement semblable aux relations qui, à bon droit, sont visées par l'expression «proche famille», et qu'il devrait donc être traité de la même manière. Le Tribunal a simplement examiné la définition de «proche famille» dans la convention collective, sans l'interpréter, et il a conclu qu'à première vue, certains types différents de familles étaient traités différemment de façon arbitraire, d'une manière allant à l'encontre de l'art. 3 et l'al. 10b) de la *Loi*.

Le procureur général soutient aussi que le Tribunal a commis une erreur en concluant à l'existence d'un acte discriminatoire fondé sur la «situation de famille», plutôt que sur l'«orientation sexuelle», motif ne figurant pas à l'art. 3 de la *Loi*. Comme l'indique le Juge en chef, dans l'arrêt *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (rendu après l'au-

was heard and taken under reserve, and from which no appeal was taken to this Court), s. 3 of the Act was found to include "sexual orientation" as a ground of discrimination. However, the parties have agreed that this case be dealt with on the basis of the Act as it read when this case was brought before this Court. In light of this, the Chief Justice adopts the position that the discrimination in this case is one of sexual orientation. This line of reasoning implies that any disadvantage that may accrue to same-sex partners is inextricably linked to their sexual orientation, that the denial of the benefit thus amounts to sexual orientation discrimination and, as the Act did not then prohibit discrimination on the basis of sexual orientation, that it was not a matter properly before the Tribunal.

This argument is based on an underlying assumption that the grounds of "family status" and "sexual orientation" are mutually exclusive. However, categories of discrimination often overlap in significant measure. In this instance, the Tribunal found that Mr. Mossop suffered discrimination on the basis of his "family status", not on the basis of his sexual orientation. However, the argument that this is more properly seen as sexual orientation discrimination raises an important question which in some cases, though not here in my view, may be determinative of the scope of human rights protection.

It is increasingly recognized that categories of discrimination may overlap, and that individuals may suffer historical exclusion on the basis of both race and gender, age and physical handicap, or some other combination. The situation of individuals who confront multiple grounds of disadvantage is particularly complex (Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (1991); Nitya Duclos, "Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases" (1992), *Proceedings: Conference on Women and the Canadian State* (McGill-Queen's)). Categorizing such discrimination as primarily racially oriented, or primarily

dition et la prise en délibéré du présent pourvoi et non porté en appel devant notre Cour), la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 3 de la Loi incluait l'«orientation sexuelle» comme motif de discrimination. Toutefois, les parties ont convenu que le présent pourvoi soit tranché en fonction du libellé de la Loi au moment où notre Cour en a été saisi. Le Juge en chef est d'avis que la discrimination en l'espèce est fondée sur l'orientation sexuelle. Ce raisonnement laisse entendre que tout désavantage dont peuvent être victimes les partenaires d'un même sexe est inextricablement lié à leur orientation sexuelle, que le refus de l'avantage équivaut donc à un acte discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle et, comme la Loi n'interdit pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, que le Tribunal se trouvait à tort saisi de la plainte en question.

Cet argument se fonde sur l'hypothèse que les motifs de discrimination basés sur la «situation de famille» et «l'orientation sexuelle» s'excluent mutuellement. Toutefois, il existe souvent un important chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires. En l'espèce, le Tribunal a conclu que M. Mossop a été victime de discrimination en raison de sa «situation de famille», et non de son orientation sexuelle. Toutefois, l'argument selon lequel il s'agirait davantage d'un acte discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle soulève une importante question qui, dans certains cas, et non dans celui-ci selon moi, pourrait être déterminante quant à l'étendue de la protection accordée aux droits de la personne.

Il est de plus en plus reconnu qu'il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires, et que certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour un motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d'actes discriminatoires. La situation de personnes qui sont victimes d'actes discriminatoires multiples est particulièrement complexe (Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (1991); Nitya Duclos, «Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases» (1992), *Proceedings: Conference on Women and the Cana-*

gender-oriented, misconceives the reality of discrimination as it is experienced by individuals. Discrimination may be experienced on many grounds, and where this is the case, it is not really meaningful to assert that it is one or the other. It may be more realistic to recognize that both forms of discrimination may be present and intersect. On a practical level, where both forms of discrimination are prohibited, one can ignore the complexity of the interaction, and characterize the discrimination as of one type or the other. The person is protected from discrimination in either event.

However, though multiple levels of discrimination may exist, multiple levels of protection may not. There are situations where a person suffers discrimination on more than one ground, but where only one form of discrimination is a prohibited ground. When faced with such situations, one should be cautious not to characterize the discrimination so as to deprive the person of any protection. This was the situation in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, where discrimination on the basis of sex was characterized as discrimination on the basis of pregnancy, and therefore left outside the scope of protection. One should not lightly allow a characterization which excludes those from the scope of the Act who should legitimately be included. A narrow and exclusionary approach, in my view, is inconsistent with a broad and purposive interpretation of human rights legislation.

In this case, since the effect of the collective agreement is to deprive all same-sex couples of the bereavement benefit, sexual orientation may appear to be the ground of discrimination. However, in my opinion, though sexual orientation may appear to be an issue, the central focus is "family status". The Tribunal found that the denial of the benefit was clearly linked to Mr. Mossop's family situation. Mr. Mossop was denied the bereavement benefit precisely because of the "family" nature of

dian State (McGill-Queen's)). Classifier ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes. Il peut y avoir discrimination fondée sur plusieurs motifs de distinction et, lorsque cela se produit, il n'est pas réellement important de déterminer lequel des motifs l'emporte. Il peut être plus réaliste de reconnaître que deux types d'actes discriminatoires peuvent exister et se chevaucher. En pratique, lorsque deux types d'actes discriminatoires sont interdits, on peut ignorer la complexité du chevauchement et affirmer que la discrimination est fondée sur un motif ou l'autre. La personne se trouve protégée contre la discrimination dans un cas comme dans l'autre.

Toutefois, bien qu'il puisse y avoir plusieurs degrés de discrimination, il n'existe pas divers degrés de protection. Il y a des cas où une personne est victime de discrimination pour plusieurs motifs, dont un seul toutefois est un motif illicite. On doit alors prendre soin de ne pas qualifier la discrimination de façon à priver cette personne de la protection offerte. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. Dans cet arrêt, un acte discriminatoire pour un motif fondé sur le sexe a été considéré comme un acte discriminatoire fondé sur la grossesse, la victime ne bénéficiant alors d'aucune protection. On ne devrait pas à la légère permettre une qualification qui prive de la protection de la Loi les personnes qui devraient légitimement en bénéficier. À mon avis, une approche où l'on procède par restrictions et par exclusions est incompatible avec une interprétation large et fondée sur l'objet des lois sur les droits de la personne.

En l'espèce, puisque l'effet de la convention collective est de priver tous les couples de même sexe de l'avantage du congé de deuil, l'orientation sexuelle peut sembler être le motif de distinction. Toutefois, à mon avis, bien que l'orientation sexuelle puisse sembler en cause, l'élément central est la «situation de famille». Le Tribunal a conclu que le refus de l'avantage était clairement lié à la «situation de famille» de M. Mossop. On lui a refusé l'avantage du congé de deuil précisément en

his relationship with Mr. Popert. Here, the employer in effect said: "We will not allow you time off to go to your partner's father's funeral because we do not recognize that the relationship you have with him is a family relationship. ^a Because your situation does not fit our definition of what a family should be, we do not think it is a real family and, accordingly, you cannot enjoy this family benefit." Not only was Mr. Mossop disenti- ^b tled to bereavement leave at the death of his partner's father, he would have been disentitled to bereavement leave even at the death of his partner.

The Tribunal, acting within its jurisdiction, identified Mr. Mossop's claim as one of discrimination on the basis of "family status". Based on the purpose of the Act, the purpose of the benefit, ^d and all the evidence before it, it was perfectly reasonable for the Tribunal to conclude that the collective agreement violated s. 10(b) of the Act, a conclu- ^e sion with which the Court has no reason to inter- fere.

Conclusion

Based on the principles of curial deference applicable here, I am of the view that a Canadian Human Rights Tribunal is entitled to a high stan- ^g dard of deference with respect to its findings of fact and questions of law which lie at the heart of its specialized jurisdiction and expertise. For such determinations, the standard of review is the patently unreasonable test first articulated in *C.U.P.E., supra*.

In the context of the claim made by Mr. Mossop, the Tribunal, in the interpretation of its Act, determined that the scope of "family sta- ⁱ tus" in s. 3 of the Act was sufficiently broad so as to include same-sex partners, and found as a fact, based on the evidence before it, that the relation- ^j ship of Mr. Mossop and Mr. Popert came within the scope of this term. The interpretation of s. 3 of the Act is a matter at the heart of the Tribunal's

raison de la nature d'ordre «familial» de sa relation avec M. Popert. En l'espèce, l'employeur a en fait dit: «Nous ne vous accordons pas de congé pour aller aux obsèques du père de votre partenaire ^a parce que nous ne reconnaissons pas que la relation que vous avez est une relation familiale. Parce que votre situation ne correspond pas à notre définition de ce que devrait être une famille, nous ne croyons pas qu'il s'agit d'une vraie famille et, en conséquence, vous ne pouvez profiter de cet avan- ^b tage à caractère familial.» Monsieur Mossop n'a pas eu droit au congé de deuil lors du décès du père de son partenaire, mais, en plus, il n'y aurait ^c pas eu droit même dans le cas du décès de son partenaire.

Le Tribunal, agissant dans son domaine de com- ^d pétence, a affirmé que M. Mossop avait été victime de discrimination pour un motif fondé sur sa «situation de famille». Compte tenu de l'objet de la Loi, de l'objet de l'avantage et de toute la ^e preuve présentée, il était parfaitement raisonnable que le Tribunal conclue que la convention collec- ^f tive contrevenait à l'al. 10b) de la Loi, conclusion à l'encontre de laquelle notre Cour n'est aucune- ment justifiée d'intervenir.

Conclusion

Selon les principes de retenue judiciaire appli- ^g cables en l'espèce, je suis d'avis qu'il faut faire preuve d'un degré élevé de retenue à l'égard des conclusions de fait et des questions de droit qui ^h sont au cœur même de la compétence et de l'ex- ⁱ pertise du Tribunal canadien des droits de la per- ^j sonne. À cet égard, la norme de contrôle est le cri- ^k tère de l'erreur manifestement déraisonnable énoncé pour la première fois dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité.

Dans le contexte de la plainte logée par M. Mossop, le Tribunal, dans son interprétation de la Loi, a conclu que la portée de l'expression «situation de famille» figurant à l'art. 3 était suffi- ^l samment large pour inclure des partenaires de même sexe et a tenu pour avéré selon la preuve qui ^m lui a été présentée, que la relation entre ⁿ MM. Mossop et Popert était visée par l'expression. L'interprétation de l'art. 3 est une question qui est

specialized jurisdiction and expertise. The Tribunal's interpretation does not depart from the broad and purposive approach warranted in human rights legislation. Whether or not I would have reached the same conclusion, I am unable to conclude that its interpretation in the circumstances of this case was patently unreasonable, and consequently, neither the Court of Appeal nor this Court is entitled to substitute its own opinion for that of the Tribunal.

In the result, I would allow the appeal with costs throughout and reinstate the Tribunal's decision.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—I am in agreement with the reasons of Justice La Forest in so far as they pertain to the duty of the courts to review and the standard of review that should be applied to the decisions of human rights tribunals. The absence of any privative clause in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33 as amended), is one of the factors that may be taken into account in determining the deference that should be accorded the decision of a tribunal acting pursuant to that Act and the extent of the supervisory role the court should exercise in reviewing such a decision.

However, based on those factors discussed in the reasons of Justice L'Heureux-Dubé, I have come to the conclusion that the Tribunal was correct in determining that the term "family status" was sufficiently broad to include couples of the same sex that were living together in a long-term relationship and that Messrs. Mossop and Popert came within the scope of this term. It follows that I am in agreement with her proposed disposition of this appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I share the views of Justice La Forest on the standard of review

au cœur de la compétence spécialisée et de l'expertise du Tribunal. L'interprétation du Tribunal ne s'écarte pas de l'analyse large et fondée sur l'objet applicable à la législation sur les droits de la personne. Quelle que soit la conclusion à laquelle je serais moi-même arrivée, je ne saurais conclure que, dans les circonstances de l'espèce, l'interprétation du Tribunal est manifestement déraisonnable. Par conséquent, ni la Cour d'appel ni notre Cour ne sont autorisées à substituer leur opinion à celle du Tribunal.

En conséquence, j'accueillerais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et je rétablirais la décision du Tribunal.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—Je souscris aux motifs du juge La Forest dans la mesure où ils portent sur la fonction de contrôle des cours de justice et sur la norme de contrôle à appliquer aux décisions de tribunaux des droits de la personne. L'absence de clause privative dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée), est un des facteurs qui peuvent être pris en considération pour déterminer la retenue judiciaire dont il y a lieu de faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal agissant en vertu de la Loi ainsi que le degré de surveillance que la cour de justice devrait exercer en révisant une telle décision.

Cependant, en me fondant sur ces facteurs examinés dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé, j'en suis venu à la conclusion que le Tribunal a eu raison quand il a déterminé que l'expression «situation de famille» était suffisamment large pour englober les couples de même sexe qui vivent ensemble dans une relation de longue durée et que MM. Mossop et Popert étaient visés par cette expression. Il en résulte que je suis d'accord avec la façon dont elle propose de trancher le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Je partage l'opinion du juge La Forest sur la norme de con-

which courts should apply to human rights tribunals.

Applying this standard, I am of the view that the tribunal was correct in concluding that the relationship of Mr. Mossop and Mr. Popert falls within the term "family status" under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly S.C. 1976-77, c. 33 as amended). The factors which give this relationship "family status" are ably reviewed by Justice L'Heureux-Dubé and need not be repeated.

I would dispose of the appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, CORY and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: René Duval, Ottawa.

Solicitor for the respondents the Attorney General of Canada, the Department of Secretary of State and Treasury Board of Canada: Barbara McIsaac, Ottawa.

Solicitor for the interveners 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: Gwen Brodsky, Vancouver.

Solicitors for the interveners Focus on the Family, the Salvation Army, REAL Women, the Evangelical Fellowship of Canada and the Pentecostal Assemblies of Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

trôle que les cours de justice devraient appliquer à l'égard des tribunaux des droits de la personne.

Appliquant cette norme, je suis d'avis que le Tribunal a eu raison de conclure que la relation de MM. Mossop et Popert entre dans le champ d'application de l'expression «situation de famille» au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (auparavant S.C. 1976-77, ch. 33, modifiée). Le juge L'Heureux-Dubé a exposé avec compétence les facteurs qui permettent de qualifier cette relation de «situation de famille» et je n'ai pas besoin de les répéter.

Je suis d'avis de disposer du pourvoi de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, CORY et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: René Duval, Ottawa.

Procureur des intimés le procureur général du Canada, le Secrétariat d'État et le Conseil du Trésor du Canada: Barbara McIsaac, Ottawa.

Procureur des intervenants Égalité pour les gais et les lesbiennes, la Fédération canadienne des droits et libertés, l'Association nationale de la femme et du droit, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme: Gwen Brodsky, Vancouver.

Procureurs des intervenants Focus on the Family, l'Armée du salut, REAL Women, l'Evangelical Fellowship of Canada et les Assemblées de la Pentecôte du Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.