

David John Cooper *Appellant*

v.

**Canadian Human Rights
Commission** *Respondent*

and

**Canadian Airlines International
Ltd.** *Respondent*

and between

Noel Edwin Bell *Appellant*

v.

**Canadian Human Rights
Commission** *Respondent*

and

**Canadian Airlines International
Ltd.** *Respondent*

INDEXED AS: COOPER v. CANADA (HUMAN RIGHTS
COMMISSION)

File Nos.: 24135, 24134.

1996: June 18; 1996: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Commissions and tribunals — Right to decide issues of law, including constitutional issues — Human Rights Commission considering allegation of discrimination based on age — Act providing that no age discrimination occurring if mandatory retirement set at industry standard — Investigator appointed by Commission recommending that complaint not proceed to tribunal — Whether provision excusing age discrimination contrary to equality provisions of s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether Commission implicitly empowered to

David John Cooper *Appellant*

c.

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Intimée*

et

**Lignes aériennes Canadien International
Ltée** *Intimée*

et entre

Noel Edwin Bell *Appellant*

c.

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Intimée*

et

**Lignes aériennes Canadien International
Ltée** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: COOPER c. CANADA (COMMISSION DES
DROITS DE LA PERSONNE)

Nos du greffe: 24135, 24134.

1996: 18 juin; 1996: 21 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Commissions et tribunaux administratifs — Droit de trancher des questions de droit, y compris des questions constitutionnelles — Allégation de discrimination fondée sur l'âge examinée par la Commission des droits de la personne — Loi disposant qu'il n'y a pas discrimination fondée sur l'âge si l'âge de la retraite obligatoire est établie suivant la norme en vigueur dans le secteur — Recommandation de l'enquêteur nommé par la Commission que la plainte ne soit pas déférée devant un tribunal — La disposition permettant la discrimination fondée sur l'âge est-elle

refer the matter to a tribunal and so in essence rule on constitutionality of the provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(c).

The appellants, who were being retired as airline pilots at age 60 pursuant to their collective agreement, alleged age discrimination, given that most employees in Canada are required to retire only at age 65. They filed complaints with the Canadian Human Rights Commission in April and July 1990 and an investigator was appointed. The employer submitted that no discrimination occurred in that the employment policy was a *bona fide* occupational requirement. The investigator recommended that the Commission dismiss the appellants' complaints. Section 15(c) of the *Canadian Human Rights Act* (the Act), which provided that no discrimination would occur if persons were retired at a normative industrially determined age, would effectively be struck by the Commission as being contrary to the *Charter* if it were to refer the matter to a tribunal for determination. The appellants applied for judicial review in the Federal Court Trial Division, seeking an order to quash the Commission's decision and to direct it to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a tribunal to inquire into their complaints. The motion was dismissed and that finding was upheld on appeal. The employer was granted party status after leave to appeal was granted. After hearing oral submissions from the parties, who were all of the view that the Commission had at least a limited jurisdiction to question the constitutionality of the Act, the Court appointed an *amicus curiae* to present the argument against such a jurisdiction. At issue was whether the Canadian Human Rights Commission or a tribunal appointed by it to investigate a complaint has power to determine the constitutionality of a provision of their enabling statute. In particular, could the Commission ignore s. 15(c) of the Act?

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

contraire aux dispositions sur l'égalité de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — La Commission a-t-elle le pouvoir implicite de déférer l'affaire à un tribunal et de se prononcer ainsi en substance sur la constitutionnalité de la disposition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15c).

Les appelants, qui devaient être mis à la retraite comme pilotes de ligne à l'âge de 60 ans conformément à leur convention collective, ont allégué la discrimination fondée sur l'âge, étant donné que la plupart des employés au Canada sont tenus de prendre leur retraite seulement à l'âge de 65 ans. Ils ont déposé des plaintes auprès de la Commission canadienne des droits de la personne en avril et en juillet 1990 et un enquêteur a été nommé. L'employeur a fait valoir qu'il n'y avait pas eu de discrimination parce que la politique d'emploi constituait une exigence professionnelle justifiée. L'enquêteur a recommandé que la Commission rejette les plaintes des appelants. L'alinéa 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), qui dispose qu'il n'y a pas de discrimination si la mise à la retraite intervient à un âge normal selon les normes en vigueur dans le secteur, serait dans les faits invalidé par la Commission comme contraire à la *Charte* si cette dernière soumettait l'affaire à l'examen d'un tribunal. Les appelants ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Commission et prescrivant à cette dernière de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal pour examiner leurs plaintes. La requête a été rejetée et cette décision a été confirmée en appel. L'employeur a obtenu qualité pour agir après que l'autorisation de pourvoi eut été accordée. Après audition des plaidoiries des parties, qui étaient toutes d'avis que la Commission disposait à tout le moins d'une compétence limitée pour examiner la constitutionnalité de la Loi, la Cour a nommé un *amicus curiae* pour faire valoir les arguments militant contre l'existence d'une telle compétence. Il s'agissait de savoir si la Commission canadienne des droits de la personne ou un tribunal constitué par elle pour enquêter sur une plainte ont le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d'une disposition de leur loi habilitante. En particulier, la Commission pouvait-elle ne pas tenir compte de l'al. 15c) de la Loi?

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Les pourvois sont rejetés.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: The Canadian Human Rights Commission has no jurisdiction under the Act to subject the Act's provisions to constitutional scrutiny. The Commission is limited in its jurisdiction by the dictates of the Act. Similarly, a tribunal appointed at the request of the Commission is also without jurisdiction to determine the constitutional validity of a limiting provision of the Act.

No administrative tribunal has an independent source of jurisdiction pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. A court must, therefore, as a matter of statutory interpretation determine whether Parliament has granted the administrative tribunal through its enabling statute, either explicitly or implicitly, the power to determine questions of law. If so, the administrative tribunal by the operation of s. 52(1) must be able to address constitutional issues, including the constitutional validity of its enabling statute. There is no need to determine if either the Commission or a tribunal under the Act is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*.

In considering whether an administrative tribunal has the power to determine questions of law, various practical matters such as the composition and structure of the tribunal, the procedure before the tribunal, the appeal route from the tribunal, and the expertise of the tribunal can appropriately be taken into account. These practical considerations, in so far as they reflect the scheme of the enabling statute, provide an insight into the mandate given to the administrative tribunal by the legislature. At the same time there may be pragmatic and functional policy concerns that argue for or against the tribunal's having constitutional competence, though such concerns can never supplant the intention of the legislature.

The Act sets out a complete mechanism for dealing with human rights complaints. Central to this mechanism is the Commission. There is no provision in the Act which explicitly gives the Commission power to determine questions of law and nothing in the scheme of the Act implies that the Commission has this power. Looking at the Act as a whole, the role of the Commission is to deal with the intake of complaints and to screen them for proper disposition. The Commission is not an adjudicative body; that is the role of a tribunal appointed under the Act. The Commission's striking down s. 15(c) of the Act (which is what a referral to a tribunal would amount to) would be an assumption by the Commission of an adjudicative role for which it has

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci: La Loi ne donne pas à la Commission canadienne des droits de la personne compétence pour examiner la constitutionnalité de ses dispositions. La compétence de la Commission est circonscrite par les prescriptions de la Loi. De la même façon, un tribunal constitué à la demande de la Commission n'a pas non plus compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition limitative de la Loi.

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne constitue pas une source indépendante de compétence pour les tribunaux administratifs. La cour de justice doit donc, en faisant appel à l'interprétation des lois, se demander si, explicitement ou implicitement, le Parlement a inclus le pouvoir de trancher des questions de droit dans la loi habilitante du tribunal administratif. Dans l'affirmative, le tribunal peut, par application du par. 52(1), se prononcer sur des questions constitutionnelles, dont celle de la constitutionnalité de sa loi habilitante. Il n'est pas nécessaire de déterminer si la Commission ou un tribunal constitué en vertu de la Loi est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

Pour déterminer si un tribunal administratif a le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit, diverses questions pratiques comme la composition et la structure du tribunal, la procédure qui est suivie devant lui, les voies d'appel existant contre les décisions qu'il rend et son expertise peuvent à bon droit être prises en considération. Ces considérations d'ordre pratique, dans la mesure où elles font ressortir l'économie de la loi habilitante, renseignent sur le mandat que le législateur a confié au tribunal administratif. Des considérations d'ordre pratique et fonctionnel peuvent par ailleurs appuyer ou réfuter l'existence d'une compétence en matière constitutionnelle, quoique de telles considérations ne puissent jamais prendre le pas sur l'intention du législateur.

La Loi prévoit un processus complet de traitement des plaintes en matière de droits de la personne. La Commission est un rouage essentiel de ce processus. La Loi ne renferme aucune disposition conférant expressément à la Commission le pouvoir de statuer sur des questions de droit et rien non plus dans l'économie de la Loi ne permet d'inférer que la Commission dispose de ce pouvoir. Si l'on considère la Loi dans son ensemble, le rôle de la Commission consiste à recevoir les plaintes et à en faire un examen préalable afin qu'elles soient traitées comme il convient. La Commission n'est pas un organisme décisionnel; cette fonction est remplie par les tribunaux constitués en vertu de la Loi. Si la Commission invalidait l'al. 15c) de la Loi (ce qu'elle ferait si elle

no mandate. Administrative bodies and tribunals are creatures of statute; the will of the legislature as it appears in that statute must be respected. The role of the Commission as an administrative and screening body, with no appreciable adjudicative role, is a clear indication that Parliament did not intend the Commission to have the power to consider questions of law.

Sections 27, 40 and 41 of the Act do no more than enable the Commission to interpret and apply its enabling statute. It does not follow that it then has a jurisdiction to address general questions of law. Every administrative body, to one degree or another, must have the power to interpret and apply its own enabling statute. Determining jurisdiction over a given complaint through reference to the provisions of the Act is conceptually different from its subjecting the same provisions to *Charter* scrutiny. The former represents an application of Parliament's intent as reflected in the Act while the latter involves ignoring that intent.

The practical advantages in having the Commission consider the constitutionality of its own statute are limited. First, since the Commission is not an adjudicative body it cannot be considered a proper forum in which to address fundamental constitutional issues. Allowing the parties to raise such issues would of necessity require a more involved and lengthy process that would interfere with the Commission's screening process. Second, the Commission has no special expertise with respect to questions of law. Having the complainant seek a declaration of constitutional invalidity in either the Federal Court or a provincial superior court would be more efficient, both to the parties and to the system in general, given that any ruling of the Commission on the constitutional validity of a provision of the Act would be the subject of judicial review proceedings. In such a setting, the question can be debated in the fullness it requires in such a setting and the proper expertise can be brought to bear on its resolution.

Given the limited jurisdiction of the Commission it logically follows that a tribunal appointed under the Act must also lack the jurisdiction to declare unconstitutional a limited provision of the Act. It could not have

déférât la plainte à un tribunal), elle exercerait en fait une fonction décisionnelle pour laquelle elle n'a reçu aucun mandat. Les organismes et tribunaux administratifs sont créés par la loi; il importe de respecter la volonté que le législateur a exprimée dans le texte de loi. Les fonctions d'administration et d'examen préalable qui sont dévolues à la Commission et l'absence de rôle décisionnel important indiquent manifestement que le législateur n'avait pas l'intention de conférer à cet organisme le pouvoir d'examiner des questions de droit.

Les articles 27, 40 et 41 de la Loi ne font qu'habiliter la Commission à interpréter et à appliquer sa loi habilitante. Il ne s'ensuit donc pas qu'elle soit habilitée à se prononcer sur des questions de droit générales. Les organismes administratifs doivent tous, à des degrés variables, disposer du pouvoir d'interpréter et d'appliquer leur loi habilitante. Déterminer la question de la compétence sur une plainte donnée en se reportant aux dispositions de la Loi procède d'une démarche conceptuellement différente de celle qui consiste à examiner les dispositions de cette loi sous l'angle de la *Charte*. La première démarche constitue l'application de l'intention du législateur telle qu'elle ressort de la Loi, tandis que la seconde revient à ne pas tenir compte de cette intention.

Les avantages pratiques qui pourraient découler du pouvoir de la Commission d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante sont limités. Premièrement, n'étant pas un organisme décisionnel, la Commission ne peut être considérée comme un forum approprié pour l'examen de questions constitutionnelles fondamentales. Permettre aux parties de soulever des questions de cette nature suppose nécessairement un processus plus complexe et plus long qui entraverait le processus d'examen préalable de la Commission. Deuxièmement, la Commission n'a pas d'expertise particulière en ce qui a trait aux questions de droit. Il serait plus efficace, pour les parties et pour le système en général, que le plaignant demande à la Cour fédérale ou à une cour supérieure provinciale de rendre un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité, étant donné que toute décision de la Commission sur la validité constitutionnelle d'une disposition de la Loi ferait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Dans un tel cadre, la question peut être examinée comme il convient et sa solution peut bénéficier de l'expertise nécessaire.

Vu la compétence limitée de la Commission, il en découle logiquement qu'un tribunal constitué en vertu de la Loi est également dépourvu de la compétence pour déclarer inconstitutionnelle une disposition limitative de

been the intent of Parliament to grant a tribunal a jurisdiction that could never be exercised.

Sections 50(1) and 53(2) of the Act empower a tribunal appointed under the Act to inquire into a complaint referred by the Commission. This is primarily and essentially a fact-finding inquiry. In the course of such an inquiry a tribunal has the jurisdiction to consider questions of law, including questions of statutory interpretation and constitutional questions. Where a tribunal does make legal findings it is not entitled to deference by a reviewing court.

Per Lamer C.J.: Judicial review, while necessary to preserve important constitutional values, is inherently controversial in a democracy like Canada because it confers on unelected officials the power to question decisions arrived at through the democratic process. As a matter of constitutional principle that power must accordingly be reserved to the courts and should not be given over to bodies that are mere creatures of the legislature, whose members are usually vulnerable to removal with every change of government, and whose decisions in some circumstances are made within the parameters of guidelines established by the executive branch of government. The previous judgments of this Court may have misunderstood and distorted the web of institutional relationships between the legislature, the executive and the judiciary by giving administrative tribunals access to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The application of this section should be reserved to the courts because the task of declaring invalid legislation enacted by a democratically elected legislature is within the exclusive domain of the judiciary. (The role of administrative tribunals in relation to s. 24(1) was not addressed.)

The premise relied on by the other members of the Court — that the intent to confer a power to interpret general law on tribunals implies an intent to confer on tribunals a power to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* — is suspect. Firstly, this inference is artificial. Many, if not most of the tribunals which have been set up by Parliament and the provincial legislatures were created before the enactment of the *Charter* in 1982. Granting the power to tribunals to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* could not have possibly been within the con-

la Loi. Le législateur ne peut avoir eu l'intention de conférer aux tribunaux constitués en vertu de la Loi une compétence qu'ils ne pourraient jamais exercer.

Les paragraphes 50(1) et 53(2) de la Loi confèrent au tribunal constitué en vertu de ses dispositions le pouvoir d'examiner l'objet de la plainte qui lui est déférée par la Commission. Il s'agit d'abord et avant tout d'une enquête portant sur l'appréciation des faits. Au cours d'une telle enquête, un tribunal a compétence pour examiner des questions de droit, dont des questions relevant de l'interprétation des lois et des questions constitutionnelles. Lorsqu'il formule des conclusions juridiques, le tribunal n'a pas droit à l'application de la règle de la retenue judiciaire par la cour de justice siégeant en appel.

Le juge en chef Lamer: Bien que le contrôle judiciaire soit nécessaire pour préserver les valeurs constitutionnelles importantes, il prête en soi à la controverse dans une démocratie comme le Canada, parce qu'il confère à des représentants non élus le pouvoir de contester des décisions auxquelles on est arrivé grâce au processus démocratique. Comme principe constitutionnel, ce pouvoir doit en conséquence être réservé aux cours de justice et ne devrait pas être accordé à des organismes qui sont de simples créatures du législateur, dont les membres sont habituellement susceptibles d'être démis de leurs fonctions à chaque changement de gouvernement et dont les décisions dans certains cas sont rendues dans le cadre de lignes directrices établies par le pouvoir exécutif du gouvernement. Dans ses arrêts antérieurs, notre Cour a peut-être mal compris et dénaturé le réseau de liens institutionnels entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire en donnant aux tribunaux administratifs l'accès à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'application de cet article devrait être réservée aux cours de justice parce que la tâche de déclarer non valide une loi adoptée par une législature élue démocratiquement relève exclusivement du judiciaire. (La question du rôle des tribunaux administratifs en rapport avec le par. 24(1) n'a pas été abordée.)

La prémisse sur laquelle s'appuient les autres membres de la Cour — à savoir que l'intention de conférer aux tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter des questions de droit en général implique l'intention de leur conférer le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte* — est douteuse. Premièrement, une telle déduction est artificielle. Un grand nombre, sinon la plupart, des tribunaux administratifs institués par le législateur fédéral et les législateurs provinciaux ont été créés avant l'adoption de la *Charte* en 1982. Les législateurs canadiens

templation of Canada's legislatures. Secondly, this inference is profoundly illogical. A legislature could only intend to confer on a tribunal the power to judge the constitutionality of that tribunal's enabling legislation if the legislature had knowingly passed a constitutionally suspect law; otherwise, the conferral of the power would be unnecessary. A legislature would not knowingly pass constitutionally suspect legislation. The presumption of constitutionality suggests that legislatures assume the constitutionality of their enactments. In any event, if the legislature did know that a piece of legislation was constitutionally suspect, and nonetheless enacted it into law, it is not readily apparent why the legislature would also confer on the tribunal to which the legislature assigns the responsibility of giving effect to the legislation the power to hold various provisions of the legislation inoperative.

First principles of the Constitution must be revisited in order to comprehend properly the relationship between s. 52 and administrative tribunals.

Douglas College, Cuddy Chicks and Tétréault-Gadoury offend the constitutional principle of separation of powers which is one of the defining features of the Canadian Constitution. Although the separation of powers under the Canadian Constitution is not strict, Canadian constitutional law recognizes some notion of the separation of powers. The existence of courts flows from the separation of powers as is evidenced from the jurisprudence on s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and from the case law interpreting the preamble of the *Constitution Act, 1867* which states that Canada is to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

The constitutional status of the judiciary, flowing as it does from the separation of powers, requires that certain functions be exclusively exercised by judicial bodies. The judiciary, while it does not have an interpretive monopoly over questions of law, must nevertheless have exclusive jurisdiction over challenges to the validity of legislation under the Constitution of Canada, and particularly the *Charter*. Only courts have the requisite independence to be entrusted with the constitutional scrutiny of legislation when that scrutiny leads a court to declare invalid an enactment of the legislature. Mere creatures of the legislature, whose very existence can be terminated at the stroke of a legislative pen, whose members

n'auraient pas pu envisager de conférer à ces tribunaux le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte*. Deuxièmement, cette déduction est vraiment illogique. Le législateur ne pourrait avoir l'intention de conférer à un tribunal administratif le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante que s'il avait adopté sciemment une loi douteuse sur le plan constitutionnel; sinon, l'octroi du pouvoir ne serait pas nécessaire. Le législateur n'adopterait pas sciemment une loi douteuse sur le plan constitutionnel. La présomption de constitutionnalité semble indiquer que le législateur tient pour acquis que les lois qu'il adopte sont constitutionnelles. Quoi qu'il en soit, si le législateur savait qu'une loi était douteuse sur le plan constitutionnel, mais qu'il l'a néanmoins adoptée, on ne voit pas facilement pourquoi il conférerait également au tribunal auquel il attribue la responsabilité de lui donner effet le pouvoir de conclure au caractère inopérant de diverses dispositions de cette loi.

Il faut retourner aux principes premiers de la Constitution pour bien comprendre le lien entre l'art. 52 et les tribunaux administratifs.

Les arrêts *Douglas College, Cuddy Chicks* et *Tétréault-Gadoury* sont contraires au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs qui est l'une des caractéristiques fondamentales de la Constitution canadienne. Bien que la séparation des pouvoirs en vertu de la Constitution canadienne ne soit pas absolue, le droit constitutionnel canadien reconnaît une certaine notion de séparation des pouvoirs. L'existence des cours de justice découle de la séparation des pouvoirs tel qu'il appert de la jurisprudence concernant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'interprétation jurisprudentielle du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui établit que le Canada doit avoir une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

Le statut constitutionnel du judiciaire, qui résulte de la séparation des pouvoirs, exige que certaines fonctions soient exercées exclusivement par des organismes judiciaires. Quoique le judiciaire ne détienne pas le monopole de l'interprétation des questions de droit, il doit néanmoins avoir une compétence exclusive en matière de contestations de la validité des lois en vertu de la Constitution du Canada, et notamment en vertu de la *Charte*. Seules les cours de justice jouissent de l'indépendance requise pour qu'on se fie à leur examen constitutionnel des lois lorsque cet examen amène une cour de justice à déclarer non valide un texte adopté par le législateur. De simples créatures du législateur, dont

usually serve at the pleasure of the government of the day and whose decisions in some circumstances are properly governed by guidelines established by the executive branch of government, are not suited to this task. Security of tenure, financial security, and independence with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of the courts' judicial function define judicial independence. In the context of *Charter* adjudication, these features help to insulate the courts from interference, *inter alia*, by elected legislatures, and thus ensure that courts can safeguard the supremacy of *Charter* rights through the vehicle of s. 52.

The case law relies on a distinction between refusals to apply legislation and declarations of invalidity in order to claim that tribunals are not encroaching upon the judicial role. Many tribunals, however, operate according to an informal doctrine of precedent. The *de facto* equivalence between refusals to apply legislation and declarations of invalidity decisively demonstrates that tribunals, when they refuse to apply their enabling legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, are improperly exercising the role of the courts. This Court's decisions authorizing tribunals to overstep their constitutional role are, accordingly, in serious need of revision. And for the same reasons, tribunals cannot be expressly given the power to consider the constitutionality of their enabling legislation.

This conclusion does not detract from the power of the Commission to determine whether complaints fall within federal jurisdiction according to the division of powers. An important conceptual difference exists between the Commission's interpreting its enabling legislation in light of the division of powers, and the Commission's questioning the validity of that legislation in light of the *Charter*. When it performs the former role, the Commission is merely determining whether it has jurisdiction over a matter, because the clear intent of Parliament was that the Commission should only operate within the confines of federal jurisdiction. As well, these comments should not be construed as detracting from the general duty to interpret statutes in light of *Charter* values.

Douglas College, Cuddy Chicks and Tétreault-Gadoury also offend a second defining feature of the

l'existence même peut prendre fin d'un trait de plume de sa part, dont les membres sont habituellement en fonction selon le bon plaisir du gouvernement au pouvoir, et dont les décisions dans certains cas sont à juste titre régies par des lignes directrices établies par la branche exécutive du gouvernement, ne conviennent pas pour cette tâche. L'indépendance des tribunaux se caractérise par l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Dans le contexte d'une décision rendue en vertu de la *Charte*, ces caractéristiques aident à mettre les cours de justice à l'abri de l'ingérence, entre autres, des législatures élues et leur permettent de sauvegarder la suprématie des droits garantis par la *Charte* au moyen de l'art. 52.

La jurisprudence s'appuie sur une distinction entre le refus d'appliquer la loi et la déclaration d'invalidité pour affirmer que les tribunaux administratifs n'empiètent pas sur le rôle du judiciaire. Beaucoup de tribunaux administratifs, toutefois, fonctionnent suivant une doctrine informelle du précédent. L'équivalence de fait entre le refus d'appliquer la loi et la déclaration d'invalidité montre de façon décisive que les tribunaux administratifs, lorsqu'ils refusent d'appliquer leur loi habilitante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, exercent sans droit le rôle des cours de justice. Les arrêts de notre Cour qui autorisent les tribunaux administratifs à outrepasser leur rôle constitutionnel ont par conséquent grandement besoin d'être révisés. Et pour les mêmes motifs, les tribunaux administratifs ne peuvent pas se voir conférer expressément le pouvoir d'examiner la constitutionnalité de leur loi habilitante.

Cette conclusion ne diminue pas le pouvoir de la Commission de déterminer si les plaignants sont visés par la compétence du gouvernement fédéral selon le partage des pouvoirs. Il existe une différence conceptuelle importante entre l'interprétation par la Commission de sa loi habilitante à la lumière du partage des pouvoirs et la mise en doute par la Commission de la validité de cette loi à la lumière de la *Charte*. Lorsqu'elle exerce le premier rôle, la Commission détermine simplement si elle a le pouvoir de statuer sur une question, parce que l'intention claire du législateur était qu'elle agisse seulement dans les limites des pouvoirs du gouvernement fédéral. En outre, ces remarques ne devraient être interprétées comme visant à diminuer l'obligation générale d'interpréter les lois à la lumière des valeurs exprimées dans la *Charte*.

Les arrêts *Douglas College, Cuddy Chicks et Tétreault-Gadoury* vont également à l'encontre d'une

Canadian Constitution, its commitment to Parliamentary democracy. The *Constitution Act, 1867* incorporated those aspects of Parliamentary democracy that have taken legal form. One of those aspects is the legal relationship between the executive and the legislature. The role of the executive is to effectuate legislative intent. The justification for this hierarchical relationship, in present-day Canada, is a respect for democracy because legislatures are representative institutions accountable to the electorate. The assumption by administrative tribunals of jurisdiction over the *Charter*, however, inverts this hierarchical relationship. Instead of putting the intent of the legislature into effect, the case law of this Court enables tribunals to challenge the decisions of the democratically elected legislature. A tribunal has, in these circumstances, unconstitutionally usurped power which it did not have. The framers of the *Charter* did not intend to alter so fundamentally the nature of the relationship between the executive and the legislature.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): Every tribunal charged with the duty of deciding issues of law has the concomitant power to decide those issues. The fact that the question of law concerns the effect of the *Charter* does not change the matter.

Two related principles of general application apply. First, all decision-making tribunals, whether courts or administrative tribunals, are bound to apply the law, including the *Charter*. Second, a tribunal's ruling that a law is inconsistent with the *Charter* is nothing more than a case of applying the law.

Douglas College, Tétreault-Gadoury and Cuddy Chicks stand for two related propositions. First, an administrative tribunal which has the power to decide questions of law has the power to decide the validity of particular laws under the *Charter*. Second, an administrative tribunal provided that it is discharging a function assigned to it by its legislation may, in the course of doing so, consider and decide *Charter* issues. As a corollary, the cases affirm a third proposition: no express term is required for the tribunal to apply the *Charter*.

The power of the Commission to consider legal questions, while not expressly stated, may be inferred from the Act. Many of its duties could not be accomplished

deuxième caractéristique fondamentale de la Constitution canadienne, soit son engagement à l'égard de la démocratie parlementaire. La *Loi constitutionnelle de 1867* a incorporé les aspects de la démocratie parlementaire qui ont revêtu une forme juridique. L'un de ces aspects est le rapport juridique entre l'exécutif et le législatif. Le rôle de l'exécutif consiste à réaliser l'intention du législateur. C'est le respect de la démocratie qui justifie ce rapport hiérarchique dans le Canada actuel, car les législatures sont des institutions représentatives qui doivent répondre de leurs actions devant l'électorat. La prise en charge par les tribunaux administratifs du pouvoir de statuer sur les questions relatives à la *Charte* inverse toutefois ce rapport hiérarchique. Au lieu de réaliser l'intention du législateur, la jurisprudence de notre Cour permet aux tribunaux administratifs de contester les décisions prises par une législature élue démocratiquement. Un tribunal administratif a, dans ces circonstances, usurpé inconstitutionnellement un pouvoir qu'il n'avait pas. Les rédacteurs de la *Charte* n'avaient pas l'intention de modifier aussi fondamentalement la nature du rapport entre l'exécutif et le législatif.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): Tout tribunal appelé à trancher des questions de droit dispose des pouvoirs afférents à cette tâche. Le fait que la question de droit porte sur les effets de la *Charte* ne change rien.

Deux principes connexes d'application générale s'appliquent. Premièrement, les organismes décisionnels, qu'il s'agisse de tribunaux judiciaires ou administratifs, sont tenus d'appliquer la loi, y compris la *Charte*. Deuxièmement, la décision d'un tribunal selon laquelle une règle de droit contrevient à la *Charte* n'est rien d'autre que l'application de la loi.

Les arrêts *Douglas College, Tétreault-Gadoury et Cuddy Chicks* établissent deux principes connexes. Premièrement, un tribunal administratif qui dispose du pouvoir de statuer sur des questions de droit est habilité à se prononcer sur la validité de dispositions législatives particulières au regard de la *Charte*. Deuxièmement, dans la mesure où il exerce une fonction qui lui a été dévolue par sa loi habilitante, un tribunal administratif peut examiner et trancher des questions relatives à la *Charte*. En corollaire, ces arrêts énoncent un troisième principe, savoir qu'il n'est pas nécessaire que ce pouvoir lui soit conféré en termes explicites pour que le tribunal puisse appliquer la *Charte*.

Le pouvoir de la Commission d'examiner des questions de droit n'est pas prévu expressément dans la Loi, mais il peut s'inférer de ses termes. Un grand nombre de

without the power to consider issues of law generally and the effect of the *Charter* on human rights law more particularly. Parliament did not intend that the Commission, which was required to interpret the law for the purposes of Part I of the Act (Proscribed Discrimination), should be forbidden from making legal interpretation in discharging its Part III (Discriminatory Practices and General Provisions) duties. The Commission accordingly has the power to interpret the law in determining whether to refer a complaint to a tribunal or dismiss it. The Act confers the same power to consider and decide issues of law on the tribunals appointed to investigate and decide particular complaints.

A tribunal may consider the *Charter* in carrying out the mandate conferred upon it by Parliament or the legislature. Several provisions of the Act support the conclusion that not only is the Commission empowered to consider questions of law but also that it is obliged to do so. This obligation extends to permitting boards and tribunals appointed under human rights legislation to hold that provisions of the law are invalid. Often this has been assumed without challenge. The Commission functions as gatekeeper to the tribunal process and accordingly cannot be barred from considering questions of law which the tribunal is permitted to consider for the Commission must first consider that question.

The Commission accordingly has the power to consider the issue of whether the *Charter* renders invalid the "normal age of retirement" defence. Given that the Commission's only duty is to screen the complaint, it need not decide the question finally but only determine whether it has a reasonable chance of success. In the context of its duties under the Act, the Commission has the expertise to carry out its duty in this regard. The Commission should refer the matter to a tribunal which can hear full representations on the matter and make its decision accordingly if it decides that the complaint has a reasonable chance of success. The tribunal's decision on the issue of law may in turn be reviewed by the review tribunal. The review tribunal's decision in turn may be filed as a decision of the Federal Court, from which appeal lies to the Federal Court of Appeal.

The argument that *McKinney v. University of Guelph* (which held a provision setting mandatory retirement at age 65 to be contrary to s. 15 of the *Charter* but saved

ses obligations ne pourraient être exécutées sans le pouvoir d'examiner des questions de droit en général et, plus particulièrement, celui d'examiner les effets de la *Charte* sur les dispositions législatives en matière de droits de la personne. Le législateur n'a pas voulu que la Commission, à qui il incombe d'interpréter la loi pour les fins de la partie I de la Loi (Motifs de distinction illicite), s'acquitte des fonctions qui lui sont conférées par la partie III (Actes discriminatoires et dispositions générales) sans exercer de pouvoir d'interprétation. La Commission jouit par conséquent d'un pouvoir d'interprétation pour déterminer s'il y a lieu de rejeter une plainte ou de la déferer à un tribunal. Aux termes de la Loi, le tribunal constitué pour examiner une plainte et en décider dispose lui aussi du pouvoir de prendre en considération et de trancher des questions de droit.

Un tribunal peut examiner la *Charte* dans l'exécution du mandat que lui confère le législateur. Diverses dispositions de la Loi étayaient la conclusion non seulement que la Commission canadienne des droits de la personne est habilitée à examiner des questions de droit mais également qu'elle doit le faire. Cette obligation englobe la possibilité pour les organismes et les tribunaux constitués en vertu de lois sur les droits de la personne de conclure à l'invalidité de dispositions législatives. Cette possibilité a souvent été présumée sans contestation. La Commission est la gardienne du processus du tribunal et elle ne peut donc pas être empêchée d'examiner des questions de droit que le tribunal peut examiner puisqu'elle doit d'abord les étudier.

La Commission a par conséquent le pouvoir d'examiner la question de savoir si la *Charte* invalide le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur». Comme sa fonction ne consiste qu'à effectuer un examen préalable de la plainte, la Commission n'a pas à rendre de décision définitive; elle doit seulement déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que la plainte soit accueillie. Dans le contexte des fonctions que lui attribue la Loi, la Commission a l'expertise nécessaire à cet égard. Si elle conclut à l'existence de cette possibilité, elle doit alors déferer la question à un tribunal, qui tient une audience complète et rend sa décision en conséquence. La décision du tribunal sur la question de droit est susceptible de révision par un tribunal d'appel. La décision du tribunal d'appel peut, à son tour, être déposée au greffe de la Cour fédérale comme décision de cette cour et faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale.

L'argument selon lequel l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph* (où on a jugé qu'une disposition établissant à 65 ans l'âge de la retraite obligatoire contrevenait

under s. 1) was based on the conclusion of the Court that age 65 was the "normal" age of retirement for the occupation at issue and that, similarly, a statute providing for retirement at the normal age for the occupation in question must also be saved under s. 1, oversimplifies the process envisaged under s. 1 of the *Charter*. Section 1 is about much more than what is usual or "normal". The usual practice may be unjustifiable, having regard to the egregiousness of the infringement or the insubstantiality of the objective alleged to support it. Each case must be looked at on its own circumstances.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *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; **referred to:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Syndicat des employés de production du Québec et de L'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *Public Service Alliance of Canada v. Qu'Appelle Indian Residential Council* (1986), 7 C.H.R.R. D/3600; *Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

By Lamer C.J.

Disapproved: *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; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; **referred to:** *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *R. v.*

à l'art. 15 de la *Charte*, mais était justifiée par l'article premier) reposait sur la conclusion de la Cour selon laquelle 65 ans constituait l'âge de la retraite «en vigueur» pour l'emploi en cause et qu'il s'ensuivait qu'une disposition législative prévoyant la mise à la retraite à l'âge en vigueur pour l'emploi visé devait également être justifiée aux termes de l'article premier, procède d'une simplification à outrance du processus que suppose l'article premier de la *Charte*. L'article premier fait intervenir beaucoup plus qu'un usage habituel ou «en vigueur». Il se peut qu'un usage habituel soit injustifiable en raison de l'énormité de la violation ou du peu d'importance des objectifs qu'il est censé poursuivre. Il faut examiner chaque affaire en fonction de ses propres circonstances.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts appliqués: *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; **arrêts mentionnés:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Syndicat des employés de production du Québec et de L'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Public Service Alliance of Canada c. Qu'Appelle Indian Residential Council* (1986), 7 C.H.R.R. D/3600; *Nealy c. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts critiqués: *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; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Canada (Procureur général) c. Mossop*,

Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606; *Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319.

By McLachlin J. (dissenting)

Re Rosen, [1987] 3 F.C. 238; *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; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d), 15, 24(1), (2).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 15(a), (c), 26, 27(1)(e), (f), (g), (2), 40, 41(c), 43 [subs. (2) rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 63], 44(1), (2), (3)(a), (b) [rep. & sub. *ibid.*, s. 64], 47(1), 49 [subs. (1) rep. & sub. *ibid.*, s. 66], 50, 50(1), (3), 53(1), (2)(c), 55, 56(2), (3).
Constitution Act, 1867, ss. 96, 97, 98, 99, 100.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 4], 18.1 [ad. *ibid.*, s. 5], 57 [rep. & sub. *ibid.*, s. 19].
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212.
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Authors Cited

Anisman, Philip. "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles*,

[1993] 1 R.C.S. 554; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Re Rosen, [1987] 3 C.F. 238; *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; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d), 15, 24(1), (2).
Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9a).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, ch. 212.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 15a), c), 26, 27(1e), f), g), (2), 40, 41c), 43 [par. (2), abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 63], 44(1), (2), (3)a), b) [abr. & rempl., *ibid.*, art. 64], 47(1), 49 [abr. & rempl., *ibid.*, art. 66], 50, 50(1), (3), 53(1), (2)c), 55, 56(2), (3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96, 97, 98, 99, 100.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 4], 18.1 [aj. *ibid.*, art. 5], 57 [abr. & rempl. *ibid.*, art. 19].
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228.

Doctrine citée

Anisman, Philip. «Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles*,

Practice and Pluralism. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Evans, J. M. "Administrative Tribunals and Charter Challenges" (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 13.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Kuttner, Thomas. "Courts, Labour Tribunals and the Charter" (1990), 39 *U.N.B. L.J.* 85.

Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1995 (loose-leaf).

McAllister, Debra M. "Administrative Tribunals and the Charter: A Tale of Form Conquering Substance". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Priest, Margot. "Charter Procedure in Administrative Cases: The Tribunal's Perspective" (1994), 7 *C.J.A.L.P.* 151.

Roman, Andrew J. "Tribunals Deciding Charter of Rights Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — *Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury*" (1992), 1 *Admin. L.R.* (2d) 243.

Taman, Larry. "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments". In Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers, eds., *Administrative Tribunals and the Charter*. Toronto: Carswell, 1990.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (1994), 22 C.H.R.R. D/90, 167 N.R. 17, 25 *Admin. L.R.* (2d) 275, dismissing appeals from judgments of the Trial Division (1992), 22 C.H.R.R. D/87, 54 F.T.R. 96, dismissing applications for judicial review. Appeals dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

David John Cooper, appearing on his own behalf.

Noel Edwin Bell, appearing on his own behalf.

René Duval and *William F. Pentney*, for the respondent Canadian Human Rights Commission.

Rhys Davies and *Jennifer Duprey*, for the respondent Canadian Airlines International Ltd.

Andrew Raven and *David Yazbeck*, for the *Amicus Curiae*.

Practice and Pluralism. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Evans, J. M. «Administrative Tribunals and Charter Challenges» (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 13.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Kuttner, Thomas. «Courts, Labour Tribunals and the Charter» (1990), 39 *R.D. U.N.-B.* 85.

Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1995 (loose-leaf).

McAllister, Debra M. «Administrative Tribunals and the Charter: A Tale of Form Conquering Substance». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Priest, Margot. «Charter Procedure in Administrative Cases: The Tribunal's Perspective» (1994), 7 *C.J.A.L.P.* 151.

Roman, Andrew J. «Tribunals Deciding Charter of Rights Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — *Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury*» (1992), 1 *Admin. L.R.* (2d) 243.

Taman, Larry. «Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments». In Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers, eds., *Administrative Tribunals and the Charter*. Toronto: Carswell, 1990.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1994), 22 C.H.R.R. D/90, 167 N.R. 17, 25 *Admin. L.R.* (2d) 275, qui a rejeté les appels contre les jugements de la Section de première instance (1992), 22 C.H.R.R. D/87, 54 F.T.R. 96, qui avait rejeté des demandes de contrôle judiciaire. Pourvois rejetés, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

David John Cooper, en personne.

Noel Edwin Bell, en personne.

René Duval et *William F. Pentney*, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

Rhys Davies et *Jennifer Duprey*, pour l'intimée Lignes aériennes Canadien International Ltée.

Andrew Raven et *David Yazbeck*, pour l'*amicus curiae*.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

Introduction

1 These appeals are the latest in a series of decisions from this Court which have examined the ability of administrative tribunals to determine the constitutionality of their enabling legislation. Although my colleagues disagree on the outcome of these appeals, they nevertheless agree on the governing legal proposition: that tribunals which have jurisdiction over the general law, have jurisdiction to refuse to apply — and hence effectively to render inoperative — laws that they find to be unconstitutional, since through the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the Constitution is the supreme law of Canada. I agree with them that this proposition emerges from previous decisions of this Court and that it binds us today. However, I hope that a full bench of this Court will eventually be afforded the opportunity to revisit this proposition.

2 Although there are pragmatic reasons for reconsidering that proposition, my concerns mainly emerge from a consideration of some of the fundamental features of the Canadian constitutional order. Canada is a Parliamentary democracy, and is hence based on the belief that those who exercise public power should be held accountable to the electorate. Legislation is the ultimate embodiment of that public power, because it reflects the measured and considered judgment of the legislature itself on a matter of public policy. In Canada, the decisions of our democratic institutions are subject to judicial review, which allows courts to strike down the enactments of those legislatures when those enactments contradict constitutional norms. Although judicial review is necessary to preserve important constitutional values, in a democracy like Canada it is inherently controversial, because it confers on unelected officials the power to question decisions which are arrived at through the democratic process. For this reason, in my view, as a matter of constitutional principle that power must be reserved to the courts and

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF —

Introduction

Les présents pourvois sont les derniers d'une série d'arrêts rendus par notre Cour, dans lesquels elle a examiné le pouvoir des tribunaux administratifs de se prononcer sur la constitutionnalité de leur loi habilitante. Bien que mes collègues ne soient pas d'accord sur l'issue des présents pourvois, ils s'entendent néanmoins sur la proposition de droit principale: les tribunaux qui ont le pouvoir de statuer sur des questions de droit en général ont le pouvoir de refuser d'appliquer — et par conséquent de rendre inopérantes — les lois qu'ils jugent inconstitutionnelles, puisque, selon l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution est la loi suprême du Canada. Je suis d'accord avec eux pour dire que cette proposition découle d'arrêts antérieurs de notre Cour et qu'elle nous lie maintenant. Cependant, j'espère qu'une formation plénière de notre Cour aura éventuellement la possibilité de réexaminer cette proposition.

Quoique des raisons pratiques justifient le réexamen de cette proposition, je m'attacherai surtout à examiner certaines des caractéristiques fondamentales de l'ordre constitutionnel canadien. Le Canada est une démocratie parlementaire et est donc fondé sur la conviction que ceux qui exercent le pouvoir public devraient en répondre devant l'électorat. La loi est le symbole ultime de ce pouvoir public, car elle reflète le jugement mesuré et réfléchi du législateur lui-même sur une question d'ordre public. Au Canada, les décisions de nos institutions démocratiques sont soumises au contrôle judiciaire, qui permet aux cours de justice d'annuler les textes adoptés par ces législateurs lorsque ces textes contreviennent aux normes constitutionnelles. Bien que le contrôle judiciaire soit nécessaire pour préserver les valeurs constitutionnelles importantes, dans une démocratie comme le Canada il prête en soi à la controverse, parce qu'il confère à des représentants non élus le pouvoir de contester des décisions auxquelles on est arrivé grâce au processus démocratique. Pour ce motif, il me semble que, comme principe consti-

should not be given over to bodies that are mere creatures of the legislature, whose members are usually vulnerable to removal with every change of government, and whose decisions in some circumstances are made within the parameters of guidelines established by the executive branch of government.

I fear that in seeking to give the fullest possible effect to the *Charter's* promise of rights-protection, the previous judgments of this Court may have misunderstood and distorted the web of institutional relationships between the legislature, the executive and the judiciary which continue to form the backbone of our constitutional system, even in the post-*Charter* era. This distortion has been achieved by giving administrative tribunals access to s. 52. But in my opinion, s. 52 can only be used by the courts of this country, because the task of declaring invalid legislation enacted by a democratically elected legislature is within the exclusive domain of the judiciary. I should make it very clear at the outset of my reasons that I am not addressing the role of administrative tribunals in relation to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I am cognizant that this conclusion not only stands against the established jurisprudence of this Court, but also that I concurred in two of those earlier decisions, *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. However, I want to make it very clear why I took the position I did, and why I wish to reconsider that position today.

The central principles governing the relationship between s. 52 and administrative tribunals were laid down by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. The primacy of *Douglas College* was empha-

tionnel, ce pouvoir doit être réservé aux cours de justice et ne devrait pas être accordé à des organismes qui sont de simples créatures du législateur, dont les membres sont habituellement susceptibles d'être démis de leurs fonctions à chaque changement de gouvernement et dont les décisions dans certains cas sont rendues dans le cadre de lignes directrices établies par le pouvoir exécutif du gouvernement.

Je crains que, en cherchant à donner effet le plus possible à la promesse de la *Charte canadienne des droits et libertés* de protéger les droits, notre Cour ait peut-être mal compris et dénaturé, dans ses arrêts antérieurs, le réseau de liens institutionnels entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire qui continuent de former la base de notre système constitutionnel, même depuis l'adoption de la *Charte*. Cette dénaturation découle du fait d'avoir donné aux tribunaux administratifs l'accès à l'art. 52. Mais, à mon avis, seules les cours de justice du pays peuvent recourir à cet article, parce que la tâche de déclarer non valide une loi adoptée par une législature élue démocratiquement relève exclusivement du judiciaire. Je tiens à préciser très clairement dès le début de mes motifs que je ne traite pas du rôle des tribunaux administratifs en rapport avec le par. 24(1) de la *Charte*.

Je suis conscient non seulement que cette conclusion va à l'encontre de la jurisprudence établie de notre Cour, mais également que j'ai donné mon appui dans deux de ces arrêts antérieurs, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Toutefois, je veux indiquer très clairement la raison pour laquelle j'ai adopté ce point de vue ainsi que celle pour laquelle je veux reconsidérer la question maintenant.

Les principaux principes qui régissent le rapport existant entre l'art. 52 et les tribunaux administratifs ont été énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. La primauté de

sized by the Court in *Cuddy Chicks*, where Justice La Forest stated, at p. 13, that *Douglas College*:

... articulated the basic principle that an administrative tribunal which has been conferred the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid. [Emphasis added.]

I did not participate in this Court's decision in *Douglas College*. When the time came to consider the application of *Douglas College* in *Cuddy Chicks* and *Tétreault-Gadoury*, I felt bound by that earlier decision, as was proper. Likewise, in the case at bar, I am too of the opinion that La Forest J. is correct in his interpretation and application of *Douglas College*. However, I have always believed, and continue to believe that those judgments are at odds with some of the fundamental principles of the Canadian constitution. I speak out today because this Court has had the benefit of six years of experience to consider the implications of those judgments and to reflect upon the rationale underlying them. In my opinion, that experience strongly suggests that the time has come for this Court to revisit the issue.

The Issue in this Case

⁶ I approach this conceptual problem by reference to the practical question which my colleagues address in this case — did Parliament intend to confer on the Canadian Human Rights Commission, and on tribunals which adjudicate upon the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, the power to decide general questions of law? Justices La Forest and McLachlin agree that the bodies in question have not been expressly granted this power. Where they disagree is whether those bodies have the implied jurisdiction to consider the general law. La Forest J. relies on the non-adjudicatory nature of the Commission to deny it jurisdiction over the general law, and hence over the *Charter*. He infers as a matter of logic that tribunals appointed by the Commission cannot consider *Charter* challenges to the *Canadian Human Rights Act*, because *Charter* challenges will not get past the Commission. As well, he fails to find in the provisions of the Act the basis for implying a

Douglas College a été soulignée par la Cour dans *Cuddy Chicks*, où le juge La Forest a dit, à la p. 13, que l'arrêt *Douglas College*:

... a énoncé le principe fondamental selon lequel le tribunal administratif à qui l'on a conféré le pouvoir d'interpréter la loi a aussi le pouvoir concomitant de déterminer si la loi est constitutionnelle. [Je souligne.]

Je n'ai pas pris part à la décision de notre Cour dans *Douglas College*. Au moment d'examiner l'application de l'arrêt *Douglas College* dans les arrêts *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*, je me suis senti, comme il se devait, lié par cet arrêt antérieur. De plus, en l'espèce, je suis également d'avis que le juge La Forest a raison quant à l'interprétation qu'il donne et à l'application qu'il fait de *Douglas College*. Toutefois, j'ai toujours cru et je continue de croire que ces arrêts sont en désaccord avec certains des principes fondamentaux de la Constitution canadienne. Je fais valoir mon point de vue maintenant parce que notre Cour a pu disposer de six années pour examiner les conséquences de ces arrêts et réfléchir sur le raisonnement qui les sous-tend. À mon avis, cette expérience indique nettement que le temps est venu pour notre Cour de réexaminer la question.

La question en litige dans le présent pourvoi

J'aborde ce problème conceptuel en me reportant à la question pratique que mes collègues évoquent dans le présent pourvoi — le législateur avait-il l'intention de conférer à la Commission canadienne des droits de la personne, et aux tribunaux qui se prononcent sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, le pouvoir de trancher des questions de droit générales? Les juges La Forest et McLachlin sont d'accord pour dire que ce pouvoir n'a pas été octroyé expressément aux organismes en question. Cependant, ils ne partagent pas la même opinion quand il s'agit de déterminer si ces organismes ont le pouvoir implicite d'examiner des questions de droit en général. Le juge La Forest invoque la nature non décisionnelle de la Commission pour ne pas lui reconnaître le pouvoir de statuer sur les questions de droit en général, et donc sur la *Charte*. Il en déduit logiquement que les tribunaux constitués par la Commission ne peuvent pas examiner de

legislative intent that tribunals have jurisdiction over the general law. McLachlin J., by contrast, focuses on specific provisions in the Act which govern the Commission and tribunals, to infer the intent by Parliament that these bodies can consider the general law, and hence *Charter* challenges to their enabling legislation.

But in my respectful opinion, this exercise is deeply flawed because the premise upon which my colleagues rely — that the intent to confer on tribunals a power to interpret general law in turn implies an intent to confer on tribunals a power to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* — is suspect. I say that for two reasons. One is that such an inference is artificial. Many, if not most of the tribunals which have been set up by Parliament and the provincial legislatures were created before the enactment of the *Charter* in 1982. Granting the power to tribunals to refuse systemically to apply laws which violate the *Charter* could not have possibly been within the contemplation of Canada's legislatures. As Andrew J. Roman has written in his article, "Tribunals Deciding *Charter of Rights* Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — *Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury*" (1992), 1 Admin. L.R. (2d) 243, at p. 254:

An inquiry of this sort is likely to be an after-the-fact rationalization for almost every tribunal, since most were created well before the passage of the *Charter*. How could the legislature have had *any* intention with respect to the *Charter*? Clearly, any such ex post finding of a "legislative intention" is speculative and fictitious. [Emphasis in original.]

contestations fondées sur la *Charte de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, parce que de telles contestations n'iront pas plus loin que la Commission. En outre, il ne trouve rien dans les dispositions de la Loi qui permette de déduire que le législateur avait l'intention d'accorder à ces tribunaux le pouvoir de statuer sur les questions de droit en général. Par contre, le juge McLachlin s'appuie sur des dispositions précises de la Loi qui régissent la Commission et ses tribunaux, pour inférer l'intention du législateur que ces organismes puissent examiner les questions de droit en général, et donc les contestations de leur loi habilitante fondées sur la *Charte*.

Mais en toute déférence, cet exercice souffre d'un grave défaut, car la prémisse sur laquelle s'appuient mes collègues — à savoir que l'intention de conférer aux tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter des questions de droit en général implique à son tour l'intention de leur conférer le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte* — est douteuse. Et j'affirme cela, pour deux raisons. Premièrement, une telle déduction est artificielle. Un grand nombre, sinon la plupart, des tribunaux administratifs institués par le législateur fédéral et les législateurs provinciaux ont été créés avant l'adoption de la *Charte* en 1982. Les législateurs canadiens n'auraient pas pu envisager de conférer à ces tribunaux le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte*. Comme le mentionne Andrew J. Roman dans son article intitulé «Tribunals Deciding *Charter of Rights* Questions: The Trilogy of the Supreme Court of Canada — *Douglas College, Cuddy Chicks, and Tétreault-Gadoury*» (1992), 1 Admin. L.R. (2d) 243, à la p. 254:

[TRADUCTION] Une enquête de ce genre risque d'être une rationalisation après coup dans le cas de presque chacun des tribunaux administratifs, car la plupart d'entre eux ont été créés bien avant l'adoption de la *Charte*. Comment le législateur aurait-il pu avoir *une quelconque* intention en ce qui concerne la *Charte*? Manifestement, une telle conclusion a posteriori quant à l'existence d'une «intention du législateur» n'est que conjecture et supposition. [En italique dans l'original.]

(Also see Debra M. McAllister, "Administrative Tribunals and the *Charter*: A Tale of Form Conquering Substance", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, at p. 150; Margot Priest, "Charter Procedure in Administrative Cases: The Tribunal's Perspective" (1994), 7 *C.J.A.L.P.* 151, at p. 154.)

(Voir également Debra M. McAllister, «Administrative Tribunals and the *Charter*: A Tale of Form Conquering Substance», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, à la p. 150; Margot Priest, «Charter Procedure in Administrative Cases: The Tribunal's Perspective» (1994), 7 *C.J.A.L.P.* 151, à la p. 154.)

8 Moreover, inferring the power to refuse systematically to apply laws which violate the *Charter* from the power to interpret and apply the general law strikes me as profoundly illogical. A legislature could only intend to confer on a tribunal the power to judge the constitutionality of that tribunal's enabling legislation if the legislature had knowingly passed a constitutionally suspect law; otherwise, the conferral of the power would be unnecessary. But it is very hard to imagine a situation in which a legislature would know that it was passing constitutionally suspect legislation. If anything, the presumption of constitutionality seems to suggest that legislatures assume the constitutionality of their enactments. In any event, if the legislature did know that a piece of legislation was constitutionally suspect, and nonetheless enacted it into law, it is not readily apparent why the legislature would also confer on the tribunal to which the legislature assigns the responsibility of giving effect to that legislation the power to hold various provisions of the legislation inoperative. Surely, a legislature intent on passing a constitutionally suspect law would not plant within that law the seeds of its own demise.

De plus, déduire le pouvoir de refuser systématiquement d'appliquer des lois qui contreviennent à la *Charte* du pouvoir d'interpréter et d'appliquer la loi en général me semble vraiment illogique. Le législateur ne pourrait avoir l'intention de conférer à un tribunal administratif le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante que s'il avait adopté sciemment une loi douteuse sur le plan constitutionnel; sinon, l'octroi du pouvoir ne serait pas nécessaire. Mais il est très difficile d'imaginer un cas où le législateur saurait qu'il est en train d'adopter une loi douteuse sur le plan constitutionnel. La présomption de constitutionnalité semble plutôt indiquer que le législateur tient pour acquis que les lois qu'il adopte sont constitutionnelles. Quoi qu'il en soit, si le législateur savait qu'une loi était douteuse sur le plan constitutionnel, mais qu'il l'a néanmoins adoptée, on ne voit pas facilement pourquoi il conférerait également au tribunal auquel il attribue la responsabilité de lui donner effet le pouvoir de conclure au caractère inopérant de diverses dispositions de cette loi. Le législateur qui déciderait d'adopter une loi douteuse sur le plan constitutionnel ne sèmerait certainement pas dans cette loi les germes mêmes de sa mort.

9 The suspect nature of the inference that jurisdiction over the general law in turn leads to jurisdiction over the *Charter* requires us to return to the first principles of the Constitution, in order to comprehend properly the relationship between s. 52 and administrative tribunals. I will discuss two of these principles here. These are the separation of powers and Parliamentary democracy.

Le caractère douteux de la déduction selon laquelle le pouvoir de statuer sur les questions de droit en général conduit à son tour au pouvoir de statuer sur la *Charte* nous oblige à retourner aux premiers principes de la Constitution, afin de bien comprendre le lien entre l'art. 52 et les tribunaux administratifs. J'examinerai ici deux de ces principes. Il s'agit de la séparation des pouvoirs et de la démocratie parlementaire.

The Separation of Powers

One of the defining features of the Canadian Constitution, in my opinion, is the separation of powers. This point was made by Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70, where he explained that:

There is in Canada a separation of powers among the three branches of government — the legislature, the executive and the judiciary. In broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy.

(Also see *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 620.) I am well aware that this Court has held that the separation of powers under the Canadian Constitution is not strict, in that judicial functions, including the interpretation of law, may be vested in non-judicial bodies such as tribunals, and that conversely the judiciary may be vested with non-judicial functions: *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728; *Douglas College*, *supra*, at p. 601. Indeed, the rise of the administrative state has been marked by the creation of institutions other than the courts on whom the legislature has conferred the power to interpret law, a function who had hitherto been performed by the judiciary.

However, the absence of a strict separation of powers does not mean that Canadian constitutional law does not recognize and sustain some notion of the separation of powers. This is most evident in this Court's jurisprudence on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Although the wording of this provision suggests that it is solely concerned with the appointment of judges, through judicial interpretation — an important element of which has been the recognition that s. 96 must be read along with ss. 97-100 as part of an integrated whole — s. 96 has come to guarantee the core jurisdiction of the superior courts against legislative encroachment. As

La séparation des pouvoirs

L'une des caractéristiques fondamentales de la Constitution canadienne est, à mon avis, la séparation des pouvoirs. Le juge en chef Dickson a exposé ce point dans *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 469 et 470, où il a expliqué:

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement — le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.

(Voir également *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 620.) Je suis bien conscient que notre Cour a conclu que la séparation des pouvoirs en vertu de la Constitution canadienne n'est pas absolue, en ce sens que des fonctions judiciaires, dont l'interprétation de la loi, peuvent être conférées à des organismes non judiciaires tels que des tribunaux administratifs, et que réciproquement le judiciaire peut se voir conférer des fonctions non judiciaires: *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 728; *Douglas College*, précité, à la p. 601. En effet, la montée de l'État administratif a été marquée par la création d'institutions autres que les cours de justice, auxquelles le législateur a conféré le pouvoir d'interpréter la loi, fonction qui jusqu'ici avait été exercée par le judiciaire.

Cependant, l'absence d'une séparation absolue des pouvoirs ne signifie pas que le droit constitutionnel canadien ne reconnaît ni n'appuie une certaine notion de séparation des pouvoirs. Cela ressort très clairement de la jurisprudence de notre Cour concernant l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que l'on puisse déduire du libellé de cette disposition qu'elle a trait uniquement à la nomination de juges, elle en est venue, par le biais de l'interprétation judiciaire — dont l'un des éléments importants a été la reconnaissance du fait que l'art. 96 doit s'interpréter en tenant compte des art. 97 à 100 comme constituant

I recently noted in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at p. 753:

Governance by rule of law requires a judicial system that can ensure its orders are enforced and its process respected. [Emphasis added.]

As this passage makes clear, the existence of courts is definitional to the Canadian understanding of constitutionalism. Thus, although some commentators had suggested that s. 96 was concerned as much with the division of powers as with safeguarding the role of the courts, because it was intended to prevent the provinces from undermining a unitary judicial system (e.g., J. M. Evans, "Administrative Tribunals and Charter Challenges" (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 13), the fact that s. 96 binds Parliament as well as the provincial legislatures (*MacMillan Bloedel*, *supra*, at p. 737) demonstrates that the central concern of the provision is with the preservation of the judicial role. Similarly, s. 96 has also been relied on to constitutionalize judicial review of administrative decision-makers. The Court has applied s. 96 to strike down legislation which sought to grant the power to make final decisions on questions of jurisdiction to an appeal tribunal: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.

un ensemble intégré —, à protéger la compétence fondamentale des cours supérieures contre l'empiètement du législatif. Ainsi que je l'ai fait remarquer dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, à la p. 753:

Pour assurer le maintien de la primauté du droit à l'intérieur du système de gestion publique, il doit exister un système judiciaire qui peut garantir l'exécution de ses ordonnances ainsi que le respect de sa procédure. [Je souligne.]

Comme le précise ce passage, l'existence des cours de justice est un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada. Ainsi, bien que, selon certains commentateurs, l'art. 96 concerne autant le partage des pouvoirs que la sauvegarde du rôle des cours de justice, parce qu'il vise à empêcher que les provinces minent un système judiciaire unitaire (par ex. J. M. Evans, «Administrative Tribunals and Charter Challenges» (1989), 2 *C.J.A.L.P.* 13), le fait que l'art. 96 lie le législateur fédéral ainsi que les législateurs provinciaux (*MacMillan Bloedel*, précité, à la p. 737) montre que la disposition vise principalement à préserver le rôle du judiciaire. De même, on s'est également fondé sur l'art. 96 pour constitutionnaliser le contrôle judiciaire de ceux qui prennent des décisions de nature administrative. La Cour a appliqué l'art. 96 pour annuler une loi qui tentait de conférer à un tribunal administratif d'appel le pouvoir de rendre des décisions définitives sur des questions de compétence: *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.

12

The constitutional foundations of the role of the judiciary, however, are not only found in ss. 96-100. As this Court recognized in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, judicial independence was incorporated into the Canadian constitution through the operation of the preamble of the *Constitution Act, 1867*. That preamble states that Canada is to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". As Dickson C.J. said for the Court in *Beauregard*, at p. 72:

Toutefois, les fondements constitutionnels du rôle du judiciaire ne se trouvent pas seulement aux art. 96 à 100. Comme notre Cour l'a reconnu dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, l'indépendance judiciaire a été incorporée dans la Constitution canadienne au moyen du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce préambule établit que le Canada doit avoir une «constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Ainsi que l'a dit le juge en chef Dickson au nom de la Cour dans *Beauregard*, à la p. 72:

Since judicial independence has been for centuries an important principle of the Constitution of the United

Étant donné que l'indépendance judiciaire est depuis des siècles un principe important de la Constitution du

Kingdom, it is fair to infer that it was transferred to Canada by the constitutional language of the preamble.

Although the comments of the Court in *Beauregard* were addressed to the issue of judicial independence, it is clear that a constitutional commitment to judicial independence must entail a more fundamental constitutional commitment to the existence of a judiciary.

The constitutional status of the judiciary, flowing as it does from the separation of powers, requires that certain functions be exclusively exercised by judicial bodies. Although the judiciary certainly does not have an interpretive monopoly over questions of law, in my opinion, it must have exclusive jurisdiction over challenges to the validity of legislation under the Constitution of Canada, and particularly the *Charter*. The reason is that only courts have the requisite independence to be entrusted with the constitutional scrutiny of legislation when that scrutiny leads a court to declare invalid an enactment of the legislature. Mere creatures of the legislature, whose very existence can be terminated at the stroke of a legislative pen, whose members, while the tribunal is in existence, usually serve at the pleasure of the government of the day, and whose decisions in some circumstances are properly governed by guidelines established by the executive branch of government, are not suited to this task. I must stress again, however, that questions of this sort relate to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*; I do not address s. 24(1) of the *Charter*.

This Court has previously given texture to the meaning of judicial independence in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, in the context of the interpretation of s. 11(d) of the *Charter*. That provision guarantees to “[a]ny person charged with an offence” the right:

Royaume-Uni, on peut à juste titre déduire que ce principe a été transféré au Canada par le texte constitutionnel du préambule.

Bien que les observations de la Cour dans *Beauregard* se rapportent à la question de l’indépendance judiciaire, il est évident qu’un engagement constitutionnel à l’égard de l’indépendance judiciaire doit comporter un engagement constitutionnel plus fondamental à l’égard de l’existence d’un pouvoir judiciaire.

Le statut constitutionnel du judiciaire, qui résulte de la séparation des pouvoirs, exige que certaines fonctions soient exercées exclusivement par des organismes judiciaires. Quoique le judiciaire ne détienne pas le monopole de l’interprétation des questions de droit, à mon avis, il doit avoir une compétence exclusive en matière de contestations de la validité des lois en vertu de la Constitution du Canada, et notamment en vertu de la *Charte*. La raison en est que seules les cours de justice jouissent de l’indépendance requise pour qu’on se fie à leur examen constitutionnel des lois lorsque cet examen amène une cour de justice à déclarer non valide un texte adopté par le législateur. De simples créatures du législateur, dont l’existence même peut prendre fin d’un trait de plume de sa part, dont les membres, pendant l’existence du tribunal, sont habituellement en fonction selon le bon plaisir du gouvernement au pouvoir, et dont les décisions dans certains cas sont à juste titre régies par des lignes directrices établies par la branche exécutive du gouvernement, ne conviennent pas pour cette tâche. Cependant, je dois signaler de nouveau que les questions de ce genre se rapportent à l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; je ne traiterai pas du par. 24(1) de la *Charte*.

Notre Cour a déjà donné une certaine consistance à la notion d’indépendance judiciaire dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, dans le contexte de l’interprétation de l’al. 11d) de la *Charte*. Cette disposition garantit à «[t]out inculpé» le droit:

13

14

11. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. . . .

By its terms, s. 11(d) only relates to judges who adjudicate upon criminal matters. However, I am of the opinion that the definition given there by the Court to judicial independence indicates the features of courts which make them well-suited to adjudication on the *Charter*.

11. . . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

Selon ses termes mêmes, l'al. 11d) concerne seulement les juges qui se prononcent sur des affaires criminelles. Toutefois, je suis d'avis que la définition de l'indépendance judiciaire que la Cour y a donnée indique les caractéristiques qui rendent les cours de justice aptes à se prononcer sur les questions relatives à la *Charte*.

15

The Court (*per* Le Dain J.) identified three features of courts which made them independent — security of tenure, financial security, and independence “with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its [i.e., the courts’] judicial function” (*Valente, supra*, at p. 708). In the context of *Charter* adjudication, these features help to insulate the courts from interference, *inter alia*, by elected legislatures, and thus ensure that the courts can safeguard the supremacy of *Charter* rights through the vehicle of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Conversely, the absence of these features in tribunals makes them unsuited to measuring legislative provisions against the requirements of the *Charter* and to overturning the will of the democratically elected representatives of the Canadian people.

La Cour (le juge Le Dain) a relevé trois caractéristiques qui rendent les cours de justice indépendantes — l’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance «relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l’exercice de [leurs] fonctions judiciaires» (*Valente, précité*, à la p. 708). Dans le contexte d’une décision rendue en vertu de la *Charte*, ces caractéristiques aident à mettre les cours de justice à l’abri de l’ingérence, entre autres, des législatures élues et leur permettent de sauvegarder la suprématie des droits garantis par la *Charte* au moyen de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Inversement, l’absence de ces caractéristiques en ce qui concerne les tribunaux administratifs les rend inaptes à comparer les dispositions législatives aux exigences de la *Charte* et à renverser la volonté des représentants du peuple canadien élus démocratiquement.

16

The link between the protection of constitutional rights and an independent judiciary has been recognized by a number of commentators. Professor Thomas Kuttner, in “Courts, Labour Tribunals and the Charter” (1990), 39 *U.N.B. L.J.* 85, has written at p. 95 that “the logic of entrenched rights and freedoms” requires an independent judiciary. Similarly, Professor Hogg has described the importance of an independent judiciary to the protection of individual freedoms in these terms (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 168):

Le lien existant entre la protection des droits constitutionnels et un pouvoir judiciaire indépendant a été reconnu par un certain nombre de commentateurs. Dans un article intitulé «Courts, Labour Tribunals and the Charter» (1990), 39 *R.D. U.N.-B.* 85, le professeur Thomas Kuttner a écrit, à la p. 95, que [TRADUCTION] «la logique des droits et libertés constitutionnalisés» exige un pouvoir judiciaire indépendant. De même, le professeur Hogg a décrit en ces mots l’importance d’avoir un pouvoir judiciaire indépendant en ce qui concerne la protection des libertés individuelles (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 168):

The independence of the judge from the other branches of government is especially significant, because it pro-

[TRADUCTION] L’indépendance des juges par rapport aux autres branches de gouvernement est tout particulière-

vides an assurance that the state will be subjected to the rule of law. If the state could count on the courts to ratify all legislative and executive actions, even if unauthorized by law, the individual would have no protection against tyranny. [Emphasis added.]

Dickson C.J. arrived at the same conclusion in *Beauregard*, when he discussed the intimate relationship between judicial independence and the *Charter*. Although, as I noted above, he located one of the constitutional foundations of judicial independence in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, he also said at p. 71 that judicial independence “is derived from many sources”. One of these sources is the *Charter* (at p. 72):

... the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ... conferred on the courts another truly crucial role: the defense of basic individual liberties and human rights against intrusions by all levels and branches of government. Once again, in order to play this deeply constitutional role, judicial independence is essential.

The centrality of courts to determinations of constitutional validity suggests that no other bodies should exercise this function. Indeed, this Court openly acknowledged in *Cuddy Chicks* that a tribunal could not make a declaration of invalidity, because it was not a court: *Cuddy Chicks, supra*, at p. 17. Thus, even in that decision, there was a recognition of the fundamental constitutional difference between courts and tribunals. However, despite the Court’s awareness of this difference, the Court in that case rejected the view that when a tribunal refuses to apply its enabling legislation for the purposes of the proceeding before it, it effectively makes a declaration of invalidity: *Cuddy Chicks*, at p. 17; also see *Douglas College, supra*, at p. 599. However, the distinction between declarations of invalidity and refusals to apply is hard to sustain. The distinction relies on the assumption

ment importante, parce qu’elle fournit l’assurance que l’État sera assujéti au principe de la primauté du droit. Si l’État pouvait compter sur les cours de justice pour ratifier toutes ses actions législatives et exécutives, même si elles ne sont pas autorisées par la loi, l’individu ne serait nullement protégé contre la tyrannie. [Je souligne.]

Le juge en chef Dickson est arrivé à la même conclusion dans *Beauregard*, lorsqu’il a examiné le lien étroit qui existe entre l’indépendance judiciaire et la *Charte*. Bien que, comme je l’ai fait remarquer ci-dessus, il ait trouvé l’un des fondements constitutionnels de l’indépendance judiciaire dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a également dit, à la p. 71, que l’indépendance judiciaire «découle de plusieurs sources». L’une de ces sources est la *Charte* (à la p. 72):

... l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] a conféré aux tribunaux un autre rôle vraiment important: la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne contre les ingérences de tout palier et organe de gouvernement. Encore une fois, l’indépendance judiciaire est essentielle pour jouer ce rôle profondément constitutionnel.

Le fait que les cours de justice se situent au cœur des décisions traitant de constitutionnalité semble indiquer qu’aucun autre organisme ne devrait exercer cette fonction. En fait, notre Cour a reconnu ouvertement dans *Cuddy Chicks* qu’un tribunal administratif ne pouvait pas prononcer une déclaration d’invalidité, parce que ce n’était pas une cour de justice: *Cuddy Chicks*, précité, à la p. 17. Ainsi, même dans cet arrêt, on a reconnu qu’il existe une différence constitutionnelle fondamentale entre les cours de justice et les tribunaux administratifs. Cependant, tout en étant consciente de cette différence, la Cour a, dans cette affaire, rejeté l’opinion selon laquelle, lorsqu’un tribunal administratif refuse d’appliquer sa loi habilitante aux fins de la cause dont il est saisi, il prononce effectivement une déclaration d’invalidité: *Cuddy Chicks*, à la p. 17; voir également *Douglas College*, précité, à la p. 599. Toutefois, la distinction entre la déclaration d’invalidité et le refus d’appliquer la loi n’est pas facile à soutenir. Elle repose sur l’hypothèse que les décisions d’un tribunal ne lient pas

that decisions of one tribunal do not bind another tribunal operating under the same statutory regime.

un autre tribunal soumis au même régime législatif.

18

However, a number of authors have recognized that many tribunals operate according to an informal doctrine of precedent: Philip Anisman, "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, at pp. 113-14; Larry Taman, "Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments", in Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers, eds., *Administrative Tribunals and the Charter* (1990), at p. 11; Roman, *supra*, at p. 252. The reality of administrative justice is best put by Robert W. Macaulay and James L. H. Sprague, in *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (1995), at p. 23-28:

Toutefois, des auteurs ont reconnu que beaucoup de tribunaux administratifs fonctionnent suivant une doctrine informelle du précédent: Philip Anisman, «Jurisdiction of Administrative Tribunals to Apply the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1992: Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, aux pp. 113 et 114; Larry Taman, «Jurisdiction of Administrative Tribunals to Consider Charter Arguments», dans Neil R. Finkelstein et Brian MacLeod Rogers, dir., *Administrative Tribunals and the Charter* (1990), à la p. 11; Roman, *loc. cit.*, à la p. 252. La réalité de la justice administrative est très bien exposée par Robert W. Macaulay et James L. H. Sprague dans *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (1995), à la p. 23-28:

... there is a widely held view amongst many competent and experienced agencies in Canada, that although one panel of an agency is not bound by the decision of any other panel of the same agency, nevertheless every agency ought to be consistent in its decisions, and where it departs from some previous decision of the same agency, that it ought to give its reasons in writing for so doing.

[TRADUCTION] ... il y a une opinion largement répandue parmi beaucoup d'offices compétents et expérimentés au Canada, selon laquelle, même si un comité constitué par un office n'est pas lié par la décision d'un autre comité constitué par le même office, chaque office devrait néanmoins être cohérent dans ses décisions et, lorsqu'il s'écarte d'une décision antérieure du même office, il devrait exposer par écrit les motifs qui l'ont incité à agir ainsi.

19

The *de facto* equivalence between refusals to apply and declarations of invalidity decisively demonstrates that tribunals, when they refuse to apply their enabling legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, are improperly exercising the role of the courts. As a result, the decisions of this Court which authorize tribunals to overstep their constitutional role, in my opinion, are in serious need of revision. Furthermore, although the case at bar concerns the implied power to decide *Charter* questions, I would even go so far as to say that tribunals cannot be expressly given the power to consider the constitutionality of their enabling legislation, for the same reasons.

L'équivalence de fait entre le refus d'appliquer la loi et la déclaration d'invalidité montre de façon décisive que les tribunaux administratifs, lorsqu'ils refusent d'appliquer leur loi habilitante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, exercent sans droit le rôle des cours de justice. Par conséquent, les arrêts de notre Cour qui autorisent les tribunaux administratifs à outrepasser leur rôle constitutionnel ont grandement besoin, à mon avis, d'être révisés. De plus, bien que le présent pourvoi ait trait au pouvoir implicite de trancher des questions relatives à la *Charte*, j'irais même jusqu'à dire que les tribunaux administratifs ne peuvent pas se voir conférer *expressément* le pouvoir d'examiner la constitutionnalité de leur loi habilitante, pour les mêmes motifs.

However, I must emphasize that this conclusion does not detract from the power of the Commission to determine whether complaints fall within federal jurisdiction according to the division of powers. As my colleague La Forest J. notes in his separate reasons, there is an important conceptual difference between the Commission's interpreting its enabling legislation in light of the division of powers, and the Commission's questioning the validity of that legislation in light of the *Charter*. When it performs the former role, the Commission is merely determining whether it has jurisdiction over a matter, because the clear intent of Parliament was that the Commission should only operate within the confines of federal jurisdiction.

As well, nothing I have said should be construed as detracting from the general duty to interpret statutes in light of *Charter* values. As I stated in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 581-82, if there is some ambiguity with respect to the meaning or scope of a statutory provision, then it should be interpreted in the manner which is most consistent with the *Charter* and the values underlying that document; also see, for example: *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660.

Parliamentary democracy

The separation of powers is not the only aspect of the Canadian constitution which is subverted by *Douglas College*, *Cuddy Chicks*, and *Tétreault-Gadoury*. Those decisions also offend a second defining feature of the Canadian Constitution, its commitment to Parliamentary democracy. As with the separation of powers, the commitment to Parliamentary democracy was incorporated into the Canadian Constitution by the *Constitution Act, 1867*, through that provision's reference to a constitution "similar in Principle to that of the United Kingdom". Admittedly, much of the content of Parliamentary democracy is governed by convention, and it is clear that the conventions of the British constitution do not have the force of law in

Cependant, je dois souligner que cette conclusion ne diminue pas le pouvoir de la Commission de déterminer si les plaignants sont visés par la compétence du gouvernement fédéral selon le partage des pouvoirs. Comme mon collègue le juge La Forest le mentionne dans des motifs distincts, il y a une différence conceptuelle importante entre l'interprétation par la Commission de sa loi habilitante à la lumière du partage des pouvoirs et la mise en doute par la Commission de la validité de cette loi à la lumière de la *Charte*. Lorsqu'elle exerce le premier rôle, la Commission détermine simplement si elle a le pouvoir de statuer sur une question, parce que l'intention claire du législateur était que la Commission agisse seulement dans les limites des pouvoirs du gouvernement fédéral.

En outre, rien de ce que j'ai dit ne devrait être interprété comme visant à diminuer l'obligation générale d'interpréter les lois à la lumière des valeurs exprimées dans la *Charte*. Comme je l'ai déclaré dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 581 et 582, si la signification ou la portée d'une disposition législative est ambiguë, il faudrait l'interpréter de la façon qui soit le plus compatible avec la *Charte* et les valeurs qui sous-tendent ce document; voir également, par exemple: *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 660.

La démocratie parlementaire

La séparation des pouvoirs n'est pas le seul aspect de la Constitution canadienne à être dénaturé par *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*. Ces arrêts vont également à l'encontre d'une deuxième caractéristique fondamentale de la Constitution canadienne, soit son engagement à l'égard de la démocratie parlementaire. Comme dans le cas de la séparation des pouvoirs, l'engagement à l'égard de la démocratie parlementaire a été incorporé dans la Constitution canadienne par la *Loi constitutionnelle de 1867*, au moyen du renvoi à une constitution «semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Il faut reconnaître que la démocratie parlementaire est régie en grande partie par convention, et il est évi-

Canada: *Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753. Rather, my position is that the *Constitution Act, 1867*, incorporated those aspects of Parliamentary democracy that have taken legal form.

dent que les conventions de la constitution britannique n'ont pas force de loi au Canada: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753. J'estime plutôt que la *Loi constitutionnelle de 1867* a incorporé les aspects de la démocratie parlementaire qui ont revêtu une forme juridique.

23 One of those aspects is the legal relationship between the executive and the legislature. A central principle of that relationship is that the executive must execute and implement the policies which have been enacted by the legislature in statutory form. The role of the executive, in other words, is to effectuate legislative intent. Admittedly, at times, that intent may be so broad and general that it becomes difficult to speak of any legislative intent at all; the legislature may in fact have been deliberately vague in order to leave a broad berth for the executive to develop and shape the contours of a particular regulatory regime. But the ultimate truth remains that fundamental matters of political choice are left to the legislature, and the executive is bound to adhere to those choices.

L'un de ces aspects est le rapport juridique entre l'exécutif et le législatif. Un principe fondamental de ce rapport veut que l'exécutif exécute et applique les politiques qui ont été adoptées par le législatif sous forme de lois. Autrement dit, le rôle de l'exécutif consiste à réaliser l'intention du législateur. Il faut reconnaître que, parfois, cette intention peut être si générale qu'il devient difficile de parler d'une intention quelconque du législateur; de fait, il se peut que le législateur ait été délibérément vague afin de laisser beaucoup de latitude à l'exécutif pour lui permettre d'élaborer les contours d'un régime particulier de réglementation. En dernière analyse, il reste que les questions fondamentales de choix politiques sont laissées au législatif, et l'exécutif est tenu d'adhérer à ces choix.

24 The justification for this hierarchical relationship, in present-day Canada, is a respect for democracy, because legislatures are representative institutions accountable to the electorate. A respect for democracy is also at the heart of those aspects of administrative judicial review which seek to ensure that administrative bodies do not exceed the boundaries of the powers granted to them by the legislature. The hierarchical relationship between the executive and the legislature is also another aspect of the separation of powers, since the separation of powers inheres in Parliamentary democracy: *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 68.

C'est le respect de la démocratie qui justifie ce rapport hiérarchique dans le Canada actuel, car les législatures sont des institutions représentatives qui doivent répondre de leurs actions devant l'électorat. Le respect de la démocratie se situe également au cœur des aspects du contrôle judiciaire administratif qui visent à faire en sorte que les organismes administratifs ne dépassent pas les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par le législateur. Le rapport hiérarchique entre l'exécutif et le législatif constitue également un autre aspect de la séparation des pouvoirs, car celle-ci est inhérente à la démocratie parlementaire: *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, au par. 68.

25 The assumption by administrative tribunals of jurisdiction over the *Charter* does no less than to invert this hierarchical relationship. Instead of putting the intent of the legislature into effect, the case law of this Court enables tribunals to challenge the decisions of the democratically elected legislature "by the assertion of overriding constitutional norm" (Kuttner, *supra*, at p. 97). Instead of

La prise en charge par les tribunaux administratifs du pouvoir de statuer sur les questions relatives à la *Charte* ne fait rien de moins que d'inverser ce rapport hiérarchique. Au lieu de réaliser l'intention du législateur, la jurisprudence de notre Cour permet aux tribunaux administratifs de contester les décisions prises par une législature élue démocratiquement [TRANSCRIPTION] «par l'affirmation d'une

being subject to the laws of the legislature, the executive can defeat the laws of the legislature. On each occasion that this occurs, a tribunal has disrupted the proper constitutional relationship between it and the legislature. Indeed, I would go so far as to say that a tribunal has, in these circumstances, unconstitutionally usurped power which it did not have.

The unconstitutional usurpation of power by tribunals can be illustrated by the decision of this Court in *Cuddy Chicks*. In that case, the Ontario Labour Relations Board (O.L.R.B.) held that a provision of its enabling legislation which barred agricultural workers from access to collective bargaining violated the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Charter*. That decision was upheld by this Court. The effect of the decision, of course, was to expand the jurisdiction of the O.L.R.B. to cover a class of persons whom the legislature had decided should not have the right to collectively bargain. Instead of the legislature's determining the jurisdiction of the O.L.R.B., the O.L.R.B. determined its own jurisdiction.

I cannot imagine that the intent of the framers of the *Charter* was to alter so fundamentally the nature of the relationship between the executive and the legislature. In this respect, I adopt the views expressed by McLachlin J. in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, where she described the impact of the *Charter* on the separation of powers in a Parliamentary democracy in the following terms, at p. 389:

The *Charter* has changed the balance of power between the legislative branch and the executive on the one hand, and the courts on the other hand, by requiring that all laws and government action must conform to the fundamental principles laid down in the *Charter*. [Emphasis added.]

Although I did not concur with McLachlin J. in that case, I did not disapprove of this passage in her judgment. What is critical about this passage is that McLachlin J. at no point says that the *Charter*

norme constitutionnelle prépondérante» (Kuttner, *loc. cit.*, à la p. 97). Au lieu d'être soumis aux lois du législatif, l'exécutif peut les rejeter. Chaque fois que cela s'est produit, un tribunal administratif a perturbé le lien constitutionnel qui existe à bon droit entre lui et le législatif. En fait, j'irais même jusqu'à dire qu'un tribunal administratif a, dans ces circonstances, usurpé inconstitutionnellement un pouvoir qu'il n'avait pas.

Cette usurpation inconstitutionnelle d'un pouvoir par les tribunaux administratifs peut être illustrée par l'arrêt *Cuddy Chicks* rendu par notre Cour. Dans cette affaire, le Conseil des relations de travail de l'Ontario (C.R.T.O.) a conclu qu'une disposition de sa loi habilitante qui empêchait des travailleurs agricoles d'avoir accès à la négociation collective portait atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Cette décision a été maintenue par notre Cour. Elle a eu pour effet naturellement d'étendre la compétence du C.R.T.O. de façon à ce qu'elle s'applique à une catégorie de personnes qui, selon le législateur, ne devraient pas avoir le droit de négocier une convention collective. Au lieu que le législatif détermine la compétence du C.R.T.O., celui-ci a déterminé sa propre compétence.

Je ne puis imaginer que les rédacteurs de la *Charte* aient eu l'intention de modifier aussi fondamentalement la nature du rapport entre l'exécutif et le législatif. À cet égard, j'adopte le point de vue exprimé par le juge McLachlin dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, où elle a décrit en ces mots, à la p. 389, les répercussions de la *Charte* sur la séparation des pouvoirs dans une démocratie parlementaire:

La *Charte* a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci. [Je souligne.]

Bien que je n'aie pas souscrit aux motifs du juge McLachlin dans cette affaire, je n'ai pas désapprouvé ce passage de ses motifs. Ce que j'y trouve à redire, c'est que le juge McLachlin ne dit à aucun

26

27

has altered the relationship between the executive and the legislature. The obvious implication is that this particular relationship was intended to remain the same after Patriation.

Conclusion

28 In my respectful view, the decisions of this Court in *Douglas College, Cuddy Chicks*, and *Tétreault-Gadoury* stand in contradiction to two fundamental principles of the Canadian constitution — the separation of powers and Parliamentary democracy. By authorizing tribunals to declare provisions of their enabling legislation inoperative for the purposes of the proceedings before them, this Court has effectively allowed those bodies to make declarations of invalidity. Furthermore, this power also permits tribunals to invert the hierarchical relationship between the executive and legislative branches which is fundamental in a Parliamentary democracy.

29 By limiting the operation of s. 52 to the courts, we may avoid the complicated jurisprudence which is in full evidence in this decision. Although we are bound by the prior decisions of this Court, I strongly urge my colleagues to revisit those decisions in order to ensure that the *Charter* does not distort the deep structure of the Canadian Constitution.

Disposition

30 For the reasons stated above, I concur with La Forest J. in his disposition of these appeals.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. was delivered by

31 LA FOREST J. — At issue in these appeals is whether the Canadian Human Rights Commission or a tribunal appointed by it to investigate a complaint has power to determine the constitutionality of a provision of their enabling statute, the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. In particular, is it open to the Commission to ignore s.

endroit que la *Charte* a modifié le rapport entre l'exécutif et le législatif. Cela implique manifestement que ce lien particulier était censé demeurer le même après le rapatriement de la Constitution.

Conclusion

En toute déférence, les arrêts rendus par notre Cour dans *Douglas College, Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury* se trouvent à contredire deux principes fondamentaux de la Constitution canadienne — la séparation des pouvoirs et la démocratie parlementaire. En autorisant les tribunaux administratifs à déclarer inopérantes des dispositions de leur loi habilitante aux fins des instances dont ils sont saisis, notre Cour a effectivement permis à ces organismes de prononcer des déclarations d'invalidité. De plus, ce pouvoir permet également aux tribunaux administratifs d'inverser le rapport hiérarchique entre les branches exécutive et législative qui est fondamental dans une démocratie parlementaire.

En limitant l'application de l'art. 52 aux cours de justice, nous pouvons éviter la jurisprudence compliquée qui est pleinement illustrée dans la présente instance. Bien que nous soyons liés par les arrêts antérieurs de notre Cour, je prie instamment mes collègues de réviser ces arrêts afin d'éviter que la *Charte* dénature la structure profonde de la Constitution canadienne.

Dispositif

Pour les motifs exposés ci-dessus, je souscris au dispositif du juge La Forest dans les présents pourvois.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST — Il s'agit de déterminer, dans les présents pourvois, si la Commission canadienne des droits de la personne ou un tribunal qu'elle constitue pour examiner une plainte a le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C.

15(c) of the Act, which provides that it is not a discriminatory practice for an individual to be terminated from employment because that individual has reached the normal age of retirement for employees in similar positions?

Facts

The appellants Bell and Cooper were airline pilots employed by the respondent Canadian Airlines International Ltd. ("Canadian"). Upon reaching the age of 60 they were informed by Canadian that they would be retired in accordance with the provisions of the collective agreement between the pilots and the company. To this the applicants objected; in their view, it constituted discrimination on the basis of age since the vast majority of employees in Canada are not obliged to retire before the age of 65. Accordingly, in April and July of 1990 respectively, they filed complaints under the Act with the respondent Commission alleging discrimination on the basis of age in violation of ss. 7 and 10 of the Act. Following receipt of the complaints the Commission appointed an investigator pursuant to the Act. As part of the investigative process, Canadian made submissions to the investigator claiming there was no discrimination as the retirement policy was a *bona fide* occupational requirement under s. 15(a) of the Act and because 60 was the normal age of retirement for airline pilots by virtue of s. 15(c) of the Act. Paragraph 15(c) reads as follows:

15. It is not a discriminatory practice if

(c) an individual's employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual;

In December, 1990, this Court issued its decision in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, where it held that s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, which provided that a mandatory retirement policy did

(1985), ch. H-6. Plus précisément, la Commission peut-elle ne pas tenir compte de l'al. 15(c) de la Loi, qui prévoit que le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi ne constitue pas un acte discriminatoire?

Les faits

Les appelants, MM. Bell et Cooper, étaient pilotes de ligne pour l'intimée Lignes aériennes Canadien International Ltée («Canadien»). Lorsqu'ils ont atteint l'âge de 60 ans, Canadien les a avisés qu'ils seraient mis à la retraite en application des dispositions de la convention collective conclue entre la société et les pilotes. Les appelants ont contesté cette mesure; ils estimaient qu'il s'agissait de discrimination fondée sur l'âge puisque, au Canada, la vaste majorité des employés ne sont pas tenus de prendre leur retraite avant l'âge de 65 ans. Par conséquent, ils ont déposé une plainte devant la Commission intimée, l'un au mois d'avril et l'autre au mois de juillet 1990, alléguant qu'ils avaient été victimes de discrimination fondée sur l'âge, en contravention des art. 7 et 10 de la Loi. Après avoir reçu les plaintes, la Commission a nommé un enquêteur en vertu de la Loi. Dans le cadre de l'enquête, Canadien a fait valoir, dans des observations soumises à l'enquêteur, qu'il n'y avait pas eu discrimination parce que la politique de mise à la retraite constituait une exigence professionnelle justifiée au sens de l'al. 15(a) de la Loi et que, suivant l'al. 15(c), le principe de la retraite à 60 ans était la norme en vigueur pour les pilotes de ligne. L'alinéa 15(c) est ainsi conçu:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

c) le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi;

En décembre 1990, notre Cour a rendu sa décision dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, où elle a statué que l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, établissant qu'une politique

not amount to discrimination on the basis of age, violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but was nevertheless justified under s. 1. In the spring of 1991 the appellants wrote the investigator a letter in which they argued that s. 15(c) of the Act violated the *Charter* and that the *McKinney* decision was inapplicable. However the investigator recommended to the Commission that the appellants' complaints be dismissed and by letter dated October 23, 1991, the Commission informed the appellants that an inquiry was not warranted and that it was bound by the *McKinney* decision.

34

The appellants applied for judicial review in the Federal Court Trial Division, seeking an order to quash the Commission's decision and to direct it to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a tribunal to inquire into their complaints. The motion was dismissed by Joyal J. and his finding was upheld by the Federal Court of Appeal.

35

Leave to appeal was granted by this Court on October 13, 1994, [1994] 3 S.C.R. vi, subsequent to which the Chief Justice ordered that Canadian be granted party status in the proceedings. After hearing oral submissions from the parties, who were all of the view that the Commission had at least a limited jurisdiction to question the constitutionality of the Act, the Court took the step of appointing an *amicus curiae* to present the argument against such a jurisdiction.

Judicial History

Federal Court Trial Division (1992), 22 C.H.R.R. D/87

36

Joyal J. held, at p. D/87, that this Court's decision in *McKinney* stood for the proposition that no Court interference, either under human rights provisions or on *Charter* grounds, was warranted when dealing with a "well-founded, historically respected and presumably reasonable scheme for mandatory retirement". He concluded, at p. D/88, that by endorsing s. 9(a) of the Ontario *Human*

de retraite obligatoire ne constituait pas de la discrimination fondée sur l'âge, contrevenait à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais se justifiait sous le régime de l'article premier. Au printemps 1991, les appelants ont fait parvenir à l'enquêteur une lettre dans laquelle ils soutenaient que l'al. 15c) de la Loi contrevenait à la *Charte* et que l'arrêt *McKinney* était inapplicable. L'enquêteur a toutefois recommandé à la Commission de rejeter les plaintes, et cette dernière a informé les appelants par écrit, le 23 octobre 1991, que l'examen des plaintes n'était pas justifié et qu'elle était liée par l'arrêt *McKinney*.

Les appelants ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Commission et prescrivant à cette dernière de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal pour examiner leurs plaintes. Leur requête a été rejetée par le juge Joyal, dont les conclusions ont été confirmées par la Cour d'appel fédérale.

Notre Cour a accordé une autorisation de pourvoi le 13 octobre 1994 ([1994] 3 R.C.S. vi), après quoi le Juge en chef a ordonné que qualité pour agir soit accordée à Canadien. Après audition des plaidoiries des parties, qui étaient toutes d'avis que la Commission disposait à tout le moins d'une compétence limitée pour examiner la constitutionnalité de la Loi, la Cour a décidé de nommer un *amicus curiae* pour faire valoir les arguments militant contre l'existence d'une telle compétence.

Historique des procédures judiciaires

La Section de première instance de la Cour fédérale (1992), 22 C.H.R.R. D/87

Le juge Joyal a estimé, aux pp. D/87 et D/88, que l'arrêt de notre Cour dans *McKinney* consacrait l'idée que rien ne justifie une intervention de la cour, soit en vertu des dispositions sur les droits de la personne soit pour des motifs fondés sur la *Charte*, lorsqu'il s'agit d'un «régime de retraite obligatoire bien fondé, historiquement respecté et probablement raisonnable». Selon le juge, à la

Rights Code, 1981, the Court had “effectively endorsed the legality of s. 15(c) of the *Canadian Human Rights Act*”. As a result, Joyal J. held that the Commission had not exceeded its jurisdiction, denied the appellants any aspect of procedural fairness, or come to a perverse or absurd decision in deciding not to refer the complaints to a tribunal. The Commission had thus not committed any reviewable error and he denied the appellants’ application.

Federal Court of Appeal (1994), 22 C.H.R.R. D/90

Though concurring in the result, Pratte J.A. and Marceau J.A. wrote separate reasons dismissing the appellants’ appeals. McDonald J.A. concurred with the reasons of both of his colleagues.

Pratte J.A.

Pratte J.A. noted that the main ground of the appellants’ motion before the Trial Division was that s. 15(c) of the Act was unconstitutional but that no notice of a constitutional question had been given pursuant to s. 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Though it was not argued before the Court of Appeal that s. 15(c) was unconstitutional, the appellants would be barred from doing so because of the failure to give notice both in the Court of Appeal and in the Trial Division.

Pratte J.A. understood the appellants’ argument as being that because of the differences between s. 15(c) of the Act and s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, *McKinney* did not establish the constitutionality of the former. If the Commission had not erroneously applied *McKinney* they would have necessarily concluded that the constitutionality of s. 15(c) was an open question and referred the complaints to a tribunal. Pratte J.A. disagreed with the appellants’ argument for the following reasons, at p. D/94:

p. D/88, notre Cour, en approuvant l’al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l’Ontario, a «effectivement approuvé la légalité de l’al. 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*». Il a donc statué qu’en décidant de ne pas soumettre les plaintes à un tribunal, la Commission n’avait ni outrepassé sa compétence ni manqué aux règles de l’équité procédurale, et que sa décision n’était ni abusive ni absurde. La Commission n’avait donc pas commis d’erreur susceptible de révision, et le juge a rejeté la requête des appelants.

La Cour d’appel fédérale (1994), 22 C.H.R.R. D/90

Bien qu’ils aient tous deux été d’accord pour rejeter les appels, les juges Pratte et Marceau ont rédigé des motifs distincts; le juge McDonald a souscrit aux motifs de ses deux collègues.

Le juge Pratte

Le juge Pratte a fait remarquer que, dans la requête soumise à la Section de première instance, les appelants plaidaient principalement l’inconstitutionnalité de l’al. 15c) de la Loi, mais qu’aucun avis de question constitutionnelle n’avait été donné conformément à l’art. 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Les appelants n’ont pas allégué devant la Cour d’appel que l’al. 15c) était inconstitutionnel, mais ils ne seraient de toute façon pas autorisés à le faire parce qu’ils n’ont donné les avis prescrits ni à la Cour d’appel ni à la Section de première instance.

L’argument des appelants, tel que l’a compris le juge Pratte, était qu’en raison des différences existant entre l’al. 15c) de la Loi et l’al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l’Ontario, l’arrêt *McKinney* n’a pas établi la constitutionnalité de l’al. 15c) et que, si la Commission n’avait pas erronément appliqué cet arrêt, elle aurait nécessairement conclu que la question de la constitutionnalité de cette disposition n’avait pas été résolue et aurait déferé les plaintes à un tribunal. Le juge Pratte ne s’est pas rendu à cet argument pour les raisons suivantes (à la p. D/94):

37

38

39

This is, in my view, a fallacious argument. In order to succeed, the appellant must show that the decision appealed from is wrong. And as that decision confirmed the decision of the Canadian Human Rights Commission, he must show that the decision of the Commission was wrong. That decision dismissed the appellant's complaint, the Commission being satisfied that an inquiry was not warranted since the complaint was clearly directed against a practice that para. 15(c) declares not to be discriminatory. It is common ground that para. 15(c), if valid, would justify the Commission's decision. It follows that, in order to succeed, it was not sufficient for the appellant to show that para. 15(c) is in some respects different from para. 9(c) [*sic*] of the *Human Rights Code, 1981*. The appellant had to establish the unconstitutionality of that provision and ask the Court to adjudge it to be invalid. This, in view of his failure to comply with s. 57 of the *Federal Court Act*, he did not and could not do.

Marceau J.A.

Marceau J.A. agreed with Pratte J.A. that the appellants' appeals should be dismissed, but for different reasons. Marceau J.A. believed that the Commission had no choice but to dismiss the complaints as the Commission was bound by the provisions of s. 15(c) of the Act. The Commission was bound by the Act because neither the Commission, nor a tribunal appointed by the Commission, had the power to consider the constitutionality of their enabling statute.

Marceau J.A. noted that in *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; and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, this Court established two propositions. First, that the power of an administrative tribunal to refuse to apply a law of Parliament on the basis that such law was unconstitutional had to be found in its enabling statute. Second, that the intention of Parliament to confer this power on a tribunal could be given in express terms or could be inferred from the mandate assigned to the tribunal and particularly, from a requirement that it deal with all necessary ques-

Selon moi, il s'agit là d'un argument spécieux. Pour obtenir gain de cause, l'appelant doit démontrer que la décision dont il interjette appel est erronée. Puisque cette décision a confirmé la décision de la Commission canadienne des droits de la personne, il doit démontrer que la décision de la Commission était erronée. Par sa décision, la Commission a rejeté la plainte de l'appelant car elle était convaincue qu'un examen n'était pas justifié étant donné que la plainte visait nettement un acte que l'al. 15c) déclare non discriminatoire. Il est bien établi que l'al. 15c), s'il est valide, justifie la décision de la Commission. Par conséquent, pour avoir gain de cause, l'appelant ne devait pas se contenter de démontrer que l'al. 15c) était différent, à certains égards, de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*. Il devait établir le caractère inconstitutionnel de cette disposition et demander à la Cour de le déclarer invalide. Or, compte tenu de son défaut de se conformer à l'art. 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'appelant ne l'a pas fait et n'était pas autorisé à le faire.

Le juge Marceau

Le juge Marceau a conclu, comme le juge Pratte, au rejet des appels, mais pour des motifs différents. Il a estimé que la Commission n'avait d'autre choix que de rejeter les plaintes puisqu'elle était liée par les dispositions de l'al. 15c) de la Loi. Il en était ainsi parce que ni la Commission ni un tribunal constitué par elle n'avaient le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de leur loi habilitante.

Le juge a affirmé que dans 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, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, notre Cour a établi deux principes. Selon le premier, le pouvoir d'un tribunal administratif de refuser d'appliquer une loi fédérale pour le motif qu'elle est inconstitutionnelle doit lui être conféré par sa loi habilitante. Selon le second, l'intention du législateur de conférer ce pouvoir peut être formulée expressément ou s'inférer du mandat assigné au tribunal et, plus particulièrement, de l'obligation de trancher toutes les

tions of law. Applying these propositions to the Act, Marceau J.A. stated, at p. D/95:

It is clear to me that the terms used in the *Canadian Human Rights Act* contain nothing that could even remotely suggest an intention on the part of Parliament of allowing the Human Rights Commission — whose role is purely administrative (cf. *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canadian Human Rights Commission*, [1989] 2 S.C.R. 879) . . . or the Human Rights tribunals — which do not have to be presided by people trained in law and whose mandate is strictly “to inquire into the complaint” (cf. s. 39 of the *Act*) — to dispute the constitutional validity of legislative provisions governing their activity. It can even be said, in the case of the particular provision in question, that the wording of the statute indicates the exact contrary: for the Commission to hold to be discriminatory and subject to its sanction a practice that Parliament has formally declared non-discriminatory and outside the ambit of the mandate given to it, would be for the tribunal to go directly against the will of Parliament. To pretend that Parliament still intended to make its pronouncement subject to some value judgment by the Commission or its tribunal appears to me totally untenable.

Issues

The issues before the Court are the following:

1. Has Parliament granted to the Commission the jurisdiction to consider the constitutional validity of a provision of its enabling statute?
2. Has Parliament granted to a tribunal, appointed by the Commission pursuant to s. 49 of the Act, the jurisdiction to consider the constitutional validity of its enabling statute?

Analysis

All the parties to these appeals, with the exception of the *amicus curiae*, are of the view that the Commission has, at the very least, a limited power to consider the constitutional validity of its enabling statute. The appellants, along with counsel

questions de droit nécessaires. Appliquant ces principes à la Loi, le juge Marceau a statué, à la p. D/95:

Selon moi, il est clair que le libellé de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne contient aucune disposition qui pourrait laisser entendre, même très vaguement, que le législateur avait l'intention de permettre à la Commission des droits de la personne — dont le rôle est purement administratif (voir *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879) — ou aux tribunaux des droits de la personne — qui ne doivent pas obligatoirement être présidés par des personnes qui ont une formation en droit et dont le mandat consiste strictement à «examiner la plainte» (voir l'art. 39 de la *Loi*) — de contester la validité constitutionnelle des dispositions législatives régissant leur fonctionnement. On peut même affirmer, dans le cas de la disposition en cause, que le libellé de la loi a exactement l'effet contraire: si la Commission déclarait discriminatoire et assujéti à son pouvoir de sanction un acte que le Parlement a formellement déclaré non discriminatoire et exclu du mandat de la Commission, celle-ci agirait directement à l'encontre de la volonté du législateur. Il me semble absolument impossible de prétendre que le législateur avait l'intention d'assujettir sa déclaration au jugement de valeur de la Commission ou de ses tribunaux.

Les questions en litige

Les questions que la Cour doit trancher sont les suivantes:

1. Le Parlement a-t-il conféré à la Commission la compétence nécessaire pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante?
2. Le Parlement a-t-il conféré à un tribunal constitué par la Commission en vertu de l'art. 49 de la Loi, la compétence nécessaire pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante?

Analyse

Les parties aux présents pourvois, exception faite de l'*amicus curiae*, sont toutes d'avis que la Commission jouit, au minimum, d'un pouvoir limité d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante. Les appelants estiment, tout comme les

for the Commission, argue that at a minimum the Commission has the power to decide if there is a triable issue with respect to the constitutional status of a provision of the Act, and on this basis to send it to a tribunal for a full hearing. Inherent in this position, of course, is the assumption that such a tribunal has the power to decide constitutional questions. The respondent Canadian took a somewhat different approach, arguing that if the Commission found there was a triable constitutional issue, it should refer the constitutional question to a superior court for determination.

avocats de la Commission, que celle-ci dispose, à tout le moins, du pouvoir de déterminer si une disposition de la Loi soulève une question constitutionnelle pouvant faire l'objet d'un débat judiciaire et, le cas échéant, de la déférer à un tribunal pour qu'il l'entende. Cet argument, il va de soi, suppose nécessairement que ce tribunal jouit du pouvoir de trancher des questions constitutionnelles. L'intimée Canadien a défendu une thèse quelque peu différente, en plaidant que si la Commission concluait à l'existence d'une question constitutionnelle susceptible de débat judiciaire, elle devrait déférer l'affaire à une cour supérieure.

44 There was considerable argument by the parties to the effect that this sort of screening function by the Commission with respect to the constitutionality of a provision of its enabling statute would not amount to an actual determination of the constitutional question, that it would be no more than an opinion. This is quite simply not the case. If the Commission had found that there was some uncertainty regarding the constitutionality of s. 15(c) of the Act, and as a result sent the matter to a tribunal, the Commission would have effectively found s. 15(c) to be inoperative. For, if s. 15(c) is valid, it operates to deny the Commission jurisdiction to refer the appellants' complaint to a tribunal; it is trite law that the Commission has no other jurisdiction than that granted to it by Parliament. There is no middle ground: either s. 15(c) is operative and the Commission has no jurisdiction, there being no discriminatory practice; or the section is inoperative and the Commission does have jurisdiction. Therefore the question before this Court is a straightforward one: does the Commission, and in turn a tribunal appointed under the Act, have the power to find a provision of the Act unconstitutional and treat it as inoperative?

Les parties ont longuement soutenu que ce type d'examen préalable, par la Commission, de la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante n'équivaudrait pas réellement à trancher la question constitutionnelle, mais qu'il s'agirait plutôt de la formulation d'une opinion, sans plus. Il n'en est tout simplement pas ainsi. Si la Commission avait jugé qu'il y avait matière à s'interroger sur la constitutionnalité de l'al. 15c) de la Loi et que, par la suite, elle avait déféré l'affaire à un tribunal, elle aurait, dans les faits, conclu au caractère inopérant de la disposition. En effet, si l'al. 15c) est valide, il a pour effet de nier à la Commission toute compétence pour déférer la plainte des appelants à un tribunal. Il est bien établi en droit que la Commission ne peut exercer d'autres compétences que celles qui lui sont dévolues par le législateur. Il n'y a pas de moyen terme: ou bien l'al. 15c) est applicable et la Commission n'a pas compétence puisqu'il n'y a pas d'acte discriminatoire, ou bien la disposition est inopérante et la Commission a compétence. La question que notre Cour doit trancher se pose donc simplement: la Commission et, par la suite, un tribunal constitué en vertu de la Loi, ont-ils le pouvoir de conclure à l'inconstitutionnalité d'une disposition de la Loi et de la considérer comme inopérante?

45 In three previous cases, *Douglas College, supra*, *Cuddy Chicks, supra*, and *Tétreault-Gadoury, supra*, this Court has had the opportunity to address the principles underlying an administrative tribunal's jurisdiction to consider the constitutionality of its enabling statute. These authorities make

Dans trois arrêts précédents, *Douglas College, Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*, précités, notre Cour a eu l'occasion d'analyser les principes fondant la compétence d'un tribunal administratif en matière d'examen de la constitutionnalité de sa loi habilitante. Elle y a exprimé clairement que le par.

it clear that no administrative tribunal has an independent source of jurisdiction pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Rather, the essential question facing a court is one of statutory interpretation — has the legislature, in this case Parliament, granted the administrative tribunal through its enabling statute the power to determine questions of law? As noted by the majority in *Tétreault-Gadoury, supra*, at p. 32:

As I have stressed in both *Douglas College* and *Cuddy Chicks, supra*, s. 52(1) does not, in itself, confer the power to an administrative tribunal to find a legislative provision to be inconsistent with the *Charter*. Rather, the inquiry must begin with an examination of the mandate given to the particular tribunal by the legislature.

If a tribunal does have the power to consider questions of law, then it follows by the operation of s. 52(1) that it must be able to address constitutional issues, including the constitutional validity of its enabling statute. This principle was clearly enunciated by this Court in *Cuddy Chicks, supra*, at pp. 13-14, referring to the earlier decision in *Douglas College, supra*, in the following passage:

The power of an administrative tribunal to consider *Charter* issues was addressed recently by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. That case concerned the jurisdiction of an arbitration board, appointed by the parties under a collective agreement in conjunction with the British Columbia *Labour Code*, to determine the constitutionality of a mandatory retirement provision in the collective agreement. In ruling that the arbitrator did have such jurisdiction, this Court articulated the basic principle that an administrative tribunal which has been conferred the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid. This conclusion ensues from the principle of supremacy of the Constitution, which is confirmed by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Distilled to its basics, the rationale for recognizing jurisdiction in the arbitrator in the *Douglas College* case is

52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne constitue pas une source indépendante de compétence pour les tribunaux administratifs. La question essentielle que doit trancher une cour de justice se rapporte plutôt à l'interprétation des lois — la législature, en l'espèce, le Parlement, a-t-elle inclus le pouvoir de trancher des questions de droit dans la loi habilitante du tribunal administratif? La Cour, à la majorité, a fait remarquer dans *Tétreault-Gadoury*, précité, à la p. 32:

Comme je l'ai souligné dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, précités, le par. 52(1) ne confère pas en soi à un tribunal administratif le pouvoir de déclarer qu'une disposition législative est incompatible avec la *Charte*. Il faut plutôt commencer par examiner le mandat que le législateur a donné à ce tribunal.

Si un tribunal administratif jouit du pouvoir d'examiner des questions de droit, il s'ensuit, par application du par. 52(1), qu'il peut se prononcer sur des questions constitutionnelles, dont celle de la constitutionnalité de sa loi habilitante. Notre Cour a clairement énoncé ce principe dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, aux pp. 13 et 14, où elle renvoyait à l'arrêt antérieur *Douglas College*, précité, dans l'extrait suivant:

Notre Cour a récemment étudié, dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, le pouvoir des tribunaux administratifs d'examiner les questions relatives à la *Charte*. Cette affaire portait sur la compétence d'un conseil d'arbitrage, nommé par les parties en vertu d'une convention collective et conformément au *Labour Code* de la Colombie-Britannique, de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de la convention collective visant la retraite obligatoire. En statuant que l'arbitre avait la compétence voulue, notre Cour a énoncé le principe fondamental selon lequel le tribunal administratif à qui l'on a conféré le pouvoir d'interpréter la loi a aussi le pouvoir concomitant de déterminer si la loi est constitutionnelle. Cette conclusion découle du principe de la primauté de la Constitution, qui est confirmé par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Réduite à ses éléments essentiels, la raison pour laquelle on a décidé, dans l'arrêt *Douglas College*, que l'arbitre

that the Constitution, as the supreme law, must be respected by an administrative tribunal called upon to interpret law.

It should be emphasized that there is no need to determine if either the Commission or a tribunal under the Act is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. That is not the inquiry before us. Rather, what must be scrutinized is the mandate given under the Act to the Commission and the tribunals. There is no doubt that the power to consider questions of law can be bestowed on an administrative tribunal either explicitly or implicitly by the legislature. All the parties agree that there is no provision in the Act that expressly confers on the Commission a general power to consider questions of law. There being no such express authority, it becomes necessary to determine whether Parliament has granted it implicit jurisdiction to consider such questions. As stated in *Cuddy Chicks, supra*, at p. 14:

[J]urisdiction must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. This fundamental principle holds true regardless of the nature of the issue before the administrative body. Thus, a tribunal prepared to address a *Charter* issue must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought.

avait compétence, est que la Constitution, en sa qualité de loi suprême, doit être respectée par les tribunaux administratifs appelés à interpréter la loi.

Il importe de souligner qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si la Commission ou un tribunal constitué en vertu de la Loi est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Ce n'est pas la question dont nous sommes saisis. Il s'impose plutôt d'examiner le mandat que la Loi confère à la Commission et aux tribunaux des droits de la personne. Il ne fait aucun doute que le pouvoir d'un tribunal administratif de statuer sur des questions de droit peut être conféré de façon expresse ou implicite. Les parties conviennent toutes qu'aucune disposition de la Loi ne confie expressément à la Commission le pouvoir général d'examiner des questions de droit. Cette absence de pouvoir explicite nous oblige à voir si le Parlement a implicitement octroyé à la Commission le pouvoir d'entendre de telles questions. Comme l'a dit notre Cour dans *Cuddy Chicks*, précité, à la p. 14:

La compétence du tribunal doit [...] lui avoir été conférée expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Ce principe fondamental demeure, quelle que soit la nature de la question dont est saisi le tribunal administratif. Ainsi, le tribunal administratif qui s'apprête à étudier une question ayant trait à la *Charte* doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

47 In considering whether a tribunal has jurisdiction over the parties, the subject matter before it, and the remedy sought by the parties, it is appropriate to take into account various practical matters such as the composition and structure of the tribunal, the procedure before the tribunal, the appeal route from the tribunal, and the expertise of the tribunal. These practical considerations, in so far as they reflect the scheme of the enabling statute, provide an insight into the mandate given to the administrative tribunal by the legislature. At the same time there may be pragmatic and functional policy concerns that argue for or against the tribunal having constitutional competence, though such

Pour déterminer si un tribunal a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée, il convient de tenir compte de questions pratiques comme la composition et la structure du tribunal, la procédure qui est suivie devant lui, les voies d'appel existant contre les décisions qu'il rend et son expertise. Ces considérations d'ordre pratique, dans la mesure où elles font ressortir l'économie de la loi habilitante, renseignent sur le mandat que le législateur a confié au tribunal administratif. Des considérations d'ordre pratique et fonctionnel peuvent par ailleurs appuyer ou réfuter l'existence d'une compétence en matière constitutionnelle, quoique de telles con-

concerns can never supplant the intention of the legislature.

The Scheme of the Act

The Act sets out a complete mechanism for dealing with human rights complaints. Central to this mechanism is the Commission. Its powers and duties are set forth in ss. 26 and 27, and Part III of the Act. Briefly put, the Commission is empowered to administer the Act, which includes among other things fostering compliance with the Act through public activities, research programs, and the review of legislation. It is also the statutory body entrusted with accepting, managing and processing complaints of discriminatory practices. It is this latter duty which is provided for in Part III of the Act.

A complaint of a discriminatory practice may, under s. 40, be initiated by an individual, a group, or the Commission itself. On receiving a complaint the Commission appoints an investigator to investigate and prepare a report of its findings for the Commission (ss. 43 and 44(1)). On receiving the investigator's report, the Commission may, after inviting comments on the report by the parties involved, take steps to appoint a tribunal to inquire into the complaint if having regard to all the circumstances of the complaint it believes an inquiry is warranted (ss. 44(3)(a)). Alternatively the Commission can dismiss the complaint, appoint a conciliator, or refer the complainant to the appropriate authority (ss. 44(3)(b), 47(1) and 44(2) respectively).

If the Commission decides that a tribunal should be appointed, then, pursuant to the Commission's request, the President of the Human Rights Tribunal Panel appoints a tribunal (s. 49). This tribunal then proceeds to inquire into the complaint and to offer each party the opportunity to appear in person or through counsel before the tribunal (s. 50). At the conclusion of its inquiry the tribunal either dismisses the complaint pursuant to s. 53(1) or, if it finds the complaint to be substantiated, it may invoke one of the various remedies found in s. 53 of the Act. These remedies include an order that a

sidérations ne puissent jamais prendre le pas sur l'intention du législateur.

L'économie de la Loi

La Loi prévoit un processus complet de traitement des plaintes en matière de droits de la personne. La Commission est un rouage essentiel de ce processus. Ses pouvoirs et fonctions sont énoncés aux art. 26 et 27 et à la partie III de la Loi. En bref, la Commission jouit du pouvoir d'appliquer la Loi et, notamment, de celui d'en promouvoir le respect au moyen d'activités publiques, d'entreprendre des projets de recherche et d'examiner la législation. C'est également à elle que la Loi confie le mandat de recevoir, de gérer et de traiter les plaintes concernant des actes discriminatoires. Cette dernière fonction est décrite dans la partie III de la Loi.

L'article 40 prévoit qu'une plainte peut être déposée par un individu, par un groupe ou par la Commission elle-même. Lorsqu'elle reçoit une plainte, la Commission nomme un enquêteur, qu'elle charge d'enquêter sur la plainte et de lui faire rapport (art. 43 et par. 44(1)). La Commission peut, après avoir reçu le rapport de l'enquêteur et sollicité les commentaires des parties à son sujet, prendre des mesures pour que soit constitué un tribunal pour examiner la plainte, si elle est convaincue, compte tenu des circonstances, qu'un examen est justifié (al. 44(3)a)). Elle peut également rejeter la plainte, nommer un conciliateur ou renvoyer le plaignant à l'autorité compétente (al. 44(3)b) et par. 47(1) et 44(2) respectivement).

Si la Commission conclut qu'il conviendrait de constituer un tribunal, le président du Comité du tribunal des droits de la personne y procède à sa demande (art. 49). Le tribunal examine la plainte en offrant à chaque partie l'occasion de comparaître devant lui, en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat (art. 50). À l'issue de l'enquête, le tribunal peut rejeter la plainte en vertu du par. 53(1) ou, s'il la juge fondée, imposer l'une des mesures de redressement prévues à l'art. 53 de la Loi. Ces mesures comprennent l'ordonnance enjoignant de mettre fin à l'acte discriminatoire, d'ac-

48

49

50

person cease a discriminatory practice; that a right, opportunity or privilege denied the victim be made available to him or her; and that the person engaged in the discriminatory practice compensate the victim of the practice for lost wages and expenses resulting from the practice and, where it is warranted, pay a fine to the victim. Finally, if the tribunal was composed of less than three members, it is open to a party to appeal the tribunal's decision to a three-member Review Tribunal on any question of law or fact or mixed law and fact (ss. 55 and 56).

51

Not included in the Act, but also available to any party, is the right to judicial review of a decision of the Commission or tribunal. Under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*, an application for judicial review is to be brought in the Federal Court, Trial Division, from which a further appeal lies to the Federal Court of Appeal. It is by this route that the instant appeals are before us.

The Jurisdiction of the Commission

52

With the exception to be noted later, there is no explicit provision in the Act giving to the Commission power to determine questions of law. Nor is there anything in the scheme of the Act to imply that the Commission has this power. Looking at the Act as a whole it is evident that the role of the Commission is to deal with the intake of complaints and to screen them for proper disposition. In *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 584, I described the powers and the limits of the Commission in the following way:

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.

cordier à la victime les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée ou d'indemniser la victime des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte et, dans les cas où cela est justifié, de verser une amende à la victime. Enfin, si le tribunal était composé de moins de trois membres, une partie peut interjeter appel de sa décision devant un tribunal d'appel, composé de trois membres, sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait (art. 55 et 56).

Les parties peuvent se prévaloir également du droit de demander le contrôle judiciaire de la décision de la Commission ou du tribunal, lequel droit n'est pas établi par la Loi mais par les art. 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ces articles prévoient que la demande de contrôle judiciaire est déposée devant la Section de première instance de la Cour fédérale et que la décision de celle-ci peut être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale. C'est après avoir suivi cette voie que nous sont parvenus les présents pourvois.

La compétence de la Commission

À une exception près, dont il sera question plus loin, la Loi ne renferme aucune disposition conférant expressément à la Commission le pouvoir de statuer sur des questions de droit. Rien non plus dans l'économie de la Loi ne permet d'inférer que la Commission dispose de ce pouvoir. Si l'on considère la Loi dans son ensemble, il appert clairement que le rôle de la Commission consiste à recevoir les plaintes et à en faire un examen préalable afin qu'elles soient traitées comme il convient. Dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, j'ai décrit, à la p. 584, les pouvoirs et les limites de la Commission dans les termes suivants:

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.

The Commission is not an adjudicative body; that is the role of a tribunal appointed under the Act. When deciding whether a complaint should proceed to be inquired into by a tribunal, the Commission fulfills a screening analysis somewhat analogous to that of a judge at a preliminary inquiry. It is not the job of the Commission to determine if the complaint is made out. Rather its duty is to decide if, under the provisions of the Act, an inquiry is warranted having regard to all the facts. The central component of the Commission's role, then, is that of assessing the sufficiency of the evidence before it. Justice Sopinka emphasized this point in *Syndicat des employés de production du Québec et de L'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 899:

The other course of action is to dismiss the complaint. In my opinion, it is the intention of s. 36(3)(b) that this occur where there is insufficient evidence to warrant appointment of a tribunal under s. 39. It is not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding but rather the Commission must determine whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage.

The striking down of s. 15(c) by the Commission, which is what a referral to a tribunal in the present case would amount to, would be an assumption by the Commission of an adjudicative role for which it has no mandate. When Parliament has failed to vest an administrative body with such a jurisdiction (which is the case here), then it is not the role of a court to create such jurisdiction. Administrative bodies and tribunals are creatures of statute; the will of the legislature as it appears therein must be respected.

Notwithstanding the general scheme of the Act, there are specific provisions, notably ss. 27, 40 and 41, that both the appellants and the Commission fastened upon as indicating an intent by Parliament to have the Commission determine questions of law. However, these sections amount to no more than that the Commission has power to interpret and apply its enabling statute. It does not follow that it then has a jurisdiction to address general questions of law. Every administrative body, to

La Commission n'est pas un organisme décisionnel; cette fonction est remplie par les tribunaux constitués en vertu de la Loi. Lorsqu'elle détermine si une plainte devrait être déférée à un tribunal, la Commission procède à un examen préalable assez semblable à celui qu'un juge effectue à une enquête préliminaire. Il ne lui appartient pas de juger si la plainte est fondée. Son rôle consiste plutôt à déterminer si, aux termes des dispositions de la Loi et eu égard à l'ensemble des faits, il est justifié de tenir une enquête. L'aspect principal de ce rôle est alors de vérifier s'il existe une preuve suffisante. Le juge Sopinka a souligné ce point dans *Syndicat des employés de production du Québec et de L'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la p. 899:

L'autre possibilité est le rejet de la plainte. À mon avis, telle est l'intention sous-jacente à l'al. 36(3)b) pour les cas où la preuve ne suffit pas pour justifier la constitution d'un tribunal en application de l'art. 39. Le but n'est pas d'en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires; la Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante.

Si la Commission invalidait l'al. 15(c), ce qu'elle ferait en l'espèce si elle déférait la plainte à un tribunal, elle exercerait en fait une fonction décisionnelle pour laquelle elle n'a reçu aucun mandat. Lorsque le législateur s'abstient de conférer une telle compétence à un organisme administratif (comme il l'a fait en l'espèce), il n'y a pas lieu pour les cours de justice de créer cette compétence. Les organismes et tribunaux administratifs sont créés par la loi; il importe de respecter la volonté que le législateur a exprimée dans le texte de loi.

Malgré l'économie générale de la Loi, les appelants et la Commission invoquent des dispositions particulières de celle-ci, notamment les art. 27, 40 et 41, qui d'après eux indiquent que le législateur avait l'intention que la Commission tranche des questions de droit. Ces articles, toutefois, n'énoncent rien de plus que le pouvoir de la Commission d'interpréter et d'appliquer sa loi habilitante. Il ne s'ensuit donc pas qu'elle soit habilitée à se prononcer sur des questions de droit générales. Les orga-

one degree or another, must have the power to interpret and apply its own enabling statute. If this were not the case, it would be at the mercy of the parties before it and would never be the master of its own proceedings. The power to refuse to accept a complaint, or to turn down an application, or to refuse to do one of the countless duties that administrative bodies are charged with, does not amount to a power to determine questions of law as envisaged in *Douglas/Kwantlen*, *Cuddy Chicks* and *Tétreault-Gadoury*. To decide otherwise would be to accept that all administrative bodies and tribunals are competent to question the constitutional validity of their enabling statutes, a position this Court has consistently rejected.

nismes administratifs doivent tous, à des degrés variables, disposer du pouvoir d'interpréter et d'appliquer leur loi habilitante, sinon ils seraient à la merci des parties comparaisant devant eux et ne seraient jamais maîtres du déroulement des instances. Le pouvoir de refuser de recevoir une plainte, de rejeter une demande ou de refuser d'accomplir une des nombreuses fonctions dont peut être chargé un organisme administratif n'équivaut pas au pouvoir de trancher des questions de droit décrit dans les arrêts *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*. Conclure autrement reviendrait à accepter que les organismes et tribunaux administratifs ont tous compétence pour examiner la constitutionnalité de leur loi habilitante, thèse que notre Cour a toujours rejetée.

56

In his argument, counsel for the Commission focused on the obligation and power granted to the Commission in s. 41(c) of the Act to refuse to deal with a complaint beyond its jurisdiction. In particular he argued that because in exercising this power the Commission often determines whether a given complaint falls within the federal sphere pursuant to the constitutional division of powers, then it followed that the Commission had jurisdiction to consider constitutional questions in general.

L'avocat de la Commission a centré son argumentation sur l'obligation faite à la Commission, à l'al. 41c) de la Loi, de refuser de statuer sur une plainte qui n'est pas de sa compétence et sur le pouvoir que la disposition lui confère à cet égard. Plus particulièrement, il a fait valoir que, parce qu'elle est souvent appelée, dans l'exercice de ce pouvoir, à déterminer si une plainte relève d'un champ de compétence fédéral conformément au partage constitutionnel des pouvoirs, il s'ensuit que la Commission a compétence pour examiner des questions constitutionnelles en général.

57

I am unable to accept this. When deciding whether a complaint falls within its jurisdiction the Commission is bound to look to its enabling statute for the limits of that jurisdiction. Thus it is well accepted that the Commission only has jurisdiction over a complaint when it is in respect to an activity or undertaking within the federal sphere. In making such a determination the Commission must obviously make reference to the constitutional division of powers. Similarly, pursuant to s. 40(1) of the Act the Commission only has jurisdiction over complaints of alleged discriminatory practices. In determining what is a discriminatory practice the Commission is bound by s. 15(c) which states that job termination at the normal age of retirement is not a discriminatory practice. The process of the Commission in determining its jurisdiction over a given complaint through refer-

Je ne puis me rendre à cet argument. Lorsqu'elle détermine si une plainte ressortit à sa compétence, la Commission doit respecter les limites que sa loi habilitante impose à cette compétence. Ainsi, il est reconnu que la Commission n'a compétence à l'égard d'une plainte que lorsque celle-ci a trait à une activité ou entreprise de nature fédérale. Pour décider de cette question, la Commission doit, de toute évidence, se reporter au partage constitutionnel des pouvoirs. De la même façon, le par. 40(1) de la Loi limite la compétence de la Commission aux plaintes concernant des actes qui seraient discriminatoires. Pour déterminer ce qui constitue un acte discriminatoire, la Commission est liée par l'al. 15c), lequel dispose que le fait de mettre fin à un emploi à l'âge de la retraite en vigueur n'est pas un acte discriminatoire. La démarche suivie par la Commission, lorsqu'elle détermine si elle a com-

ence to the provisions of the Act is conceptually different from subjecting the same provisions to *Charter* scrutiny. The former represents an application of Parliament's intent as reflected in the Act while the latter involves ignoring that intent.

The rôle of the Commission as an administrative and screening body, with no appreciable and adjudicative role, is a clear indication that Parliament did not intend the Commission to have the power to consider questions of law. There is simply nothing in the Act indicating that the Commission has the mandate which the appellants and the Commission would wish it to have. This point was succinctly and directly addressed by Marceau J.A. in his reasons. He stated, at p. D/95:

It is clear to me that the terms used in the *Canadian Human Rights Act* contain nothing that could even remotely suggest an intention on the part of Parliament of allowing the Human Rights Commission, whose role is purely administrative, . . . to dispute the constitutional validity of legislative provisions governing their activity.

Practical Considerations

It must be recognized at the outset that practical considerations cannot dictate the outcome of the issue presently before this Court. As I have already emphasized, the focus of the Court's inquiry must be the mandate given to the Commission by Parliament. In such an endeavour practical considerations may be of assistance in determining the intention of Parliament, but they are not determinative. Thus in *Tétreault-Gadoury, supra*, the Court found that the Board of Referees under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, had no jurisdiction to consider the constitutionality of its enabling statute, notwithstanding the fact that certain practical advantages argued in favour of granting the Board such a jurisdiction.

pétence sur une plainte donnée en se reportant aux dispositions de la Loi, diffère conceptuellement de celle qui consiste à examiner les dispositions de cette loi sous l'angle de la *Charte*. La première démarche constitue l'application de l'intention du législateur telle qu'elle ressort de la Loi, tandis que la seconde revient à ne pas tenir compte de cette intention.

Les fonctions d'administration et d'examen préalable qui sont dévolues à la Commission et l'absence de rôle important et décisionnel indiquent manifestement que le législateur n'avait pas l'intention de conférer à cet organisme le pouvoir d'examiner des questions de droit. Il n'y a tout simplement rien dans la Loi qui puisse permettre de conclure que la Commission a le mandat qui, d'après elle et d'après les appelants, lui aurait été dévolu. Le juge Marceau a directement et succinctement examiné ce point dans ses motifs. Il s'est exprimé ainsi, à la p. D/95:

Selon moi, il est clair que le libellé de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne contient aucune disposition qui pourrait laisser entendre, même très vaguement, que le législateur avait l'intention de permettre à la Commission des droits de la personne — dont le rôle est purement administratif [. . .] — de contester la validité constitutionnelle des dispositions législatives régissant [son] fonctionnement.

Considérations d'ordre pratique

Il faut reconnaître d'entrée de jeu que les considérations d'ordre pratique ne peuvent dicter l'issue de la question dont la Cour est saisie. Comme je l'ai déjà souligné, l'examen de la Cour doit porter principalement sur le mandat que le législateur a confié à la Commission. Ces considérations peuvent, dans un tel examen, servir à mettre en lumière l'intention du législateur, mais elles ne sont pas déterminantes. Ainsi, notre Cour a jugé, dans *Tétreault-Gadoury, précité*, que le conseil arbitral établi en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, n'avait pas compétence pour statuer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante, même si certains avantages pratiques militaient en faveur de l'octroi d'une telle compétence au conseil.

60 In the present case the practical advantages in having the Commission consider the constitutionality of its own statute are limited. First, since the Commission is not an adjudicative body it cannot be considered a proper forum in which to address fundamental constitutional issues. As this Court has previously found, there is no requirement for anything more than a "paper hearing" for the parties before the Commission. Although I readily acknowledge that the informal and accessible process of administrative bodies may well be a considerable advantage to a party, as compared to the regular court system, there comes a point where a body such as the Commission simply does not have the mechanism in place to adequately deal with multifaceted constitutional issues. For example, the Commission is not bound by the traditional rules of evidence. This means that it is open to the Commission to receive unsworn evidence, hearsay evidence, and simple opinion evidence. Such an unrestricted flow of information may be well suited to deciding the threshold question facing the Commission, but it is inappropriate when determining the constitutional validity of a legislative provision. In the latter case, suitable evidentiary safeguards are desirable. Related to this problem is the concern that one of the aims of the Commission, to deal with human right complaints in an accessible, efficient and timely manner, would be disrupted and interfered with by allowing the parties to raise constitutional issues before the Commission. Such issues would of necessity require a more involved and lengthy process than is presently the case. In my view, it was not the intention of Parliament that the Commission's screening function become entangled in this manner.

En l'espèce, les avantages pratiques qui pourraient découler du pouvoir de la Commission d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante sont limités. Premièrement, n'étant pas un organisme décisionnel, la Commission ne peut être considérée comme un forum approprié pour l'examen de questions constitutionnelles fondamentales. Comme notre Cour en a déjà décidé, les parties devant la Commission ne peuvent exiger plus qu'une audition sur dossier. Bien que je sois tout à fait prêt à reconnaître que l'absence de formalisme et le caractère accessible du processus suivi par les organismes administratifs puissent constituer des avantages importants pour une partie par rapport au système judiciaire habituel, j'estime que ces organismes ne disposent tout simplement pas des mécanismes nécessaires pour examiner correctement des questions constitutionnelles complexes. Par exemple, la Commission n'est pas liée par les règles de preuve ordinaires. Elle peut donc recevoir les dépositions de témoins non assermentés, la preuve par oui-dire et de simples témoignages d'opinion. Il se peut fort bien que ce flux non endigué de renseignements convienne à la détermination de la question préliminaire que doit trancher la Commission, mais il est incompatible avec celle de la constitutionnalité d'une disposition législative. Il est souhaitable, dans ce dernier cas, de mettre en place des garanties appropriées en matière de preuve. Se greffe de plus à ce problème la crainte qu'en permettant aux parties de soulever des questions constitutionnelles devant la Commission, on nuise à l'un des objets de cet organisme, qui est de traiter les plaintes en matière de droits de la personne d'une façon qui soit accessible, efficace et diligente. En effet, ce genre de questions suppose nécessairement un processus plus complexe et plus long que celui qui existe actuellement. À mon avis, le législateur fédéral n'avait pas l'intention que cet examen préalable par la Commission devienne si compliqué.

61 A second and more telling problem in the case of the Commission is its lack of expertise. In *Tétreault-Gadoury*, *supra*, I pointed out, at p. 34, that an Umpire under the *Unemployment Insurance Act* was a Federal Court judge which would ensure that a complainant received "a capable determina-

Un deuxième problème, plus significatif, se pose, celui de l'absence d'expertise de la Commission. Dans *Tétreault-Gadoury*, précité, à la p. 34, j'ai fait remarquer qu'un arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage* était un juge de la Cour fédérale, qui veillerait à ce que «la ques-

tion of the constitutional issue". Similarly in both *Douglas/Kwantlen* and in *Cuddy Chicks*, *supra*, the expertise of labour boards and the assistance they could bring to bear on the resolution of constitutional issues was recognized. In contrast this Court has made clear in *Mossop*, *supra*, at pp. 584-85, and reiterated in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at pp. 599-600, that a human rights tribunal, unlike a labour arbitrator or labour board, has no special expertise with respect to questions of law. What is true of a tribunal is even more true of the Commission which, as was noted in *Mossop*, is lacking the adjudicative role of a tribunal.

To my mind the relevant practical considerations do not argue in favour of having the Commission consider *Charter* issues. Without question there is on the surface an attraction and efficiency, at least for the complainant, in having the constitutional matter first heard by the Commission. That will always be so, however, and in the present situation I am of the view that the reality would in fact be different. It is likely that in a case such as the one presently before us the decision of the Commission on the validity of a provision of the Act under the *Charter* would be the subject of judicial review proceedings in the Federal Court. It would be more efficient, both to the parties and to the system in general, to have a complainant seek a declaration of constitutional invalidity in either the Federal Court or a provincial superior court. In such a setting the question can be debated in the fullness it requires and the proper expertise can be brought to bear on its resolution.

The Jurisdiction of a Tribunal under the Act

Given my finding that the Commission does not have the jurisdiction to question the constitutional validity of its enabling statute, it logically follows that a tribunal appointed under the Act, and indeed a review tribunal appointed pursuant to s. 56, must

tion constitutionnelle s[oit] tranchée avec compétence». De la même façon, l'expertise des commissions des relations du travail et l'aide qu'elles pouvaient apporter à la résolution des questions constitutionnelles ont été reconnues dans *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, précités. En revanche, notre Cour a clairement exprimé, dans *Mossop*, précité, aux pp. 584 et 585, et réitéré dans *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, aux pp. 599 et 600, qu'un tribunal des droits de la personne, contrairement à un arbitre ou à un conseil des relations du travail, n'a pas d'expertise particulière en ce qui a trait aux questions de droit. Ce qui est vrai pour un tribunal des droits de la personne l'est encore plus pour la Commission qui, comme notre Cour l'a signalé dans *Mossop*, n'a pas le rôle décisionnel d'un tribunal des droits de la personne.

Selon moi, les considérations d'ordre pratique pertinentes ne militent pas en faveur de l'existence d'un pouvoir de la Commission d'examiner des questions relevant de la *Charte*. Il ne fait aucun doute qu'au premier coup d'œil, la possibilité que la Commission statue d'abord sur les questions constitutionnelles paraît attrayante et efficace, du moins pour les plaignants. Il en sera toutefois toujours ainsi et, en l'espèce, j'estime que la réalité serait tout autre. Il est probable que dans une affaire comme celle qui nous est soumise, la décision de la Commission sur la validité d'une disposition de la Loi au regard de la *Charte* ferait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Il serait plus efficace, pour les parties et pour le système en général, que le plaignant demande à la Cour fédérale ou à une cour supérieure provinciale de rendre un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité. Dans un tel cadre la question peut être examinée comme il convient et sa solution peut bénéficier de l'expertise nécessaire.

La compétence d'un tribunal constitué en vertu de la Loi

Il découle logiquement de ma conclusion selon laquelle la Commission n'a pas compétence pour examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante, qu'un tribunal constitué en vertu de la Loi et, en fait, un tribunal d'appel formé en vertu de l'art. 56,

also lack the jurisdiction to declare unconstitutional a limiting provision of the Act. Take for example the case presently before us: if the Commission must apply the Act as it is written, then the appellants cannot get their complaint before a tribunal, depending as it does on s. 15(c) being found to be inoperative. The same is true of any complaint that requires the Commission to arrive at a decision on a constitutional matter before being able to find that the complaint warrants further inquiry by a tribunal. It would be something of a paradox for Parliament to grant tribunals under the Act a jurisdiction that could never be exercised.

sont également dépourvus de la compétence pour déclarer inconstitutionnelle une disposition limitative de la Loi. Prenons l'exemple de la présente espèce: si la Commission doit appliquer la Loi telle qu'elle est énoncée, la plainte des appelants ne pourra être déférée à un tribunal, puisqu'il faudrait pour cela que l'al. 15c) soit déclaré inopérant. Il en irait de même de toute plainte qui nécessiterait que la Commission tranche une question constitutionnelle avant de pouvoir conclure qu'il est justifié de déférer la plainte à un tribunal pour qu'il fasse enquête. Il serait quelque peu paradoxal que le législateur confère aux tribunaux constitués en vertu de la Loi une compétence qu'ils ne pourraient jamais exercer.

64 As with the Commission there is no explicit power given to a tribunal to consider questions of law. Taken together, ss. 50(1) and 53(2) of the Act state that a tribunal shall inquire into the complaint referred to it by the Commission to determine if it is substantiated. This is primarily and essentially a fact-finding inquiry with the aim of establishing whether or not a discriminatory practice occurred. In the course of such an inquiry a tribunal may indeed consider questions of law. As with the Commission, these questions will often centre around the interpretation of the enabling legislation. However, unlike the Commission, it is implicit in the scheme of the Act that a tribunal possess a more general power to deal with questions of law. Thus tribunals have been recognized as having jurisdiction to interpret statutes other than the Act (see *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.)) and as having jurisdiction to consider constitutional questions other than those noted above. In particular, it is well accepted that a tribunal has the power to address questions on the constitutional division of powers (*Public Service Alliance of Canada v. Qu'Appelle Indian Residential Council* (1986), 7 C.H.R.R. D/3600 (C.H.R.T.)), on the validity of a ground of discrimination under the Act (*Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450 (C.H.R.T.)), and it is foreseeable that a tribunal could entertain *Charter* arguments on the constitutionality of available remedies in a particular case (see *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3

Comme pour la Commission, la Loi ne confère pas expressément à ces tribunaux le pouvoir d'examiner des questions de droit. Pris ensemble, les par. 50(1) et 53(2) de la Loi disposent qu'un tribunal examine l'objet de la plainte qui lui est déférée par la Commission pour déterminer si elle est fondée. Il s'agit d'abord et avant tout d'une enquête portant sur l'appréciation des faits, qui vise à établir si oui ou non un acte discriminatoire a été commis. Au cours d'une telle enquête, un tribunal peut effectivement examiner des questions de droit. Comme dans le cas de la Commission, ces questions porteront souvent essentiellement sur l'interprétation à donner à la loi habilitante. Cependant, contrairement à ce qui en est pour la Commission, l'économie de la loi pose implicitement qu'un tribunal possède une compétence plus générale de statuer sur les questions de droit. Ainsi, on a reconnu aux tribunaux administratifs le pouvoir d'interpréter d'autres lois que leur loi habilitante (voir *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.)) et d'examiner des questions constitutionnelles autres que celles mentionnées ci-dessus. En particulier, il est bien établi qu'un tribunal administratif a le pouvoir d'examiner des questions portant sur le partage des compétences constitutionnelles (*Public Service Alliance of Canada c. Qu'Appelle Indian Residential Council* (1986), 7 C.H.R.R. D/3600 (T.C.D.P.)), et sur la validité d'un motif de discrimination visé dans la Loi (*Nealy c. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450 (T.C.D.P.)), et on peut envisager qu'un tri-

S.C.R. 892). Even in such instances, however, the legal findings of a tribunal receive no deference from the courts. This position was firmly established by this Court in *Mossop, supra*, at p. 585:

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.

I would add a practical note of caution with respect to a tribunal's jurisdiction to consider *Charter* arguments. First, as already noted, a tribunal does not have any special expertise except in the area of factual determinations in the human rights context. Second, any efficiencies that are *prima facie* gained by avoiding the court system will be lost when the inevitable judicial review proceeding is brought in the Federal Court. Third, the unfettered ability of a tribunal to accept any evidence it sees fit is well suited to a human rights complaint determination but is inappropriate when addressing the constitutionality of a legislative provision. Finally, and perhaps most decisively, the added complexity, cost, and time that would be involved when a tribunal is to hear a constitutional question would erode to a large degree the primary goal sought in creating the tribunals, i.e., the efficient and timely adjudication of human rights complaints.

Taking all these factors into consideration, I am of the view that while a tribunal may have jurisdiction to consider general legal and constitutional

bunale puisse entendre une argumentation fondée sur la *Charte* quant à la constitutionnalité des recours disponibles dans une affaire donnée (voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892). Cependant, même dans ce cas, la règle de la retenue judiciaire ne s'appliquera pas aux conclusions juridiques formulées. C'est ce que notre Cour a fermement établi dans *Mossop*, précité, à la p. 585:

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.

J'ajouterais une mise en garde pratique en ce qui concerne le pouvoir d'un tribunal des droits de la personne d'examiner des arguments fondés sur la *Charte*. Premièrement, comme il en a déjà été fait état, un tel tribunal ne dispose pas toujours d'une expertise particulière, exception faite du domaine de l'appréciation des faits dans un contexte de droits de la personne. Deuxièmement, les gains en efficacité que semble à première vue procurer la voie permettant d'éviter le système judiciaire disparaissent lorsque les inévitables demandes de contrôle judiciaire sont déposées devant la Cour fédérale. Troisièmement, si la capacité absolue de recevoir toute preuve jugée utile peut convenir pour trancher une plainte en matière de droits de la personne, elle n'est pas appropriée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Enfin, la raison peut-être la plus déterminante est que la complexité, les coûts et les délais accrus qui découleraient de la possibilité pour les tribunaux des droits de la personne d'entendre des questions constitutionnelles mineraient, dans une large mesure, l'objectif principal poursuivi par la création de ces tribunaux, savoir le traitement efficace et diligent des plaintes en matière de droits de la personne.

Compte tenu de tous ces facteurs, j'estime que, bien qu'il puisse avoir la compétence d'examiner des questions de droit et des questions constitu-

questions, logic demands that it has no ability to question the constitutional validity of a limiting provision of the Act.

Conclusion

67 To conclude, the Canadian Human Rights Commission has no jurisdiction under the *Canadian Human Rights Act* to subject provisions of that statute to constitutional scrutiny. The Commission is limited in its jurisdiction by the dictates of the Act. Similarly, a tribunal appointed at the request of the Commission is also without jurisdiction to determine the constitutional validity of limiting provisions of the Act.

68 Accordingly, I would dismiss the appeals. There should be no order as to costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin J.J. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

I. Introduction

69 In 1977 the Parliament of Canada enacted the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C., 1985, c. H-6), aimed at promoting equal treatment in the workplace and other areas. In 1982, this country adopted as part of our constitution the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guaranteed to Canadians the right to equal treatment under the law. The *Constitution Act, 1982* declared in s. 52 that all laws, to the extent that they violate its guarantees, are invalid. The appellants argue that a provision of the *Canadian Human Rights Act* which permits an employer to retire an employee where the employee has reached "the normal age of retirement for employees working in [similar] positions" conflicts with the *Charter* and is hence invalid. Everyone agrees that the issue of whether a section of the *Canadian Human Rights Act* has been invalidated by s. 15 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is an important issue for the appellants and for

tionnelles d'ordre général, un tribunal des droits de la personne ne peut logiquement avoir la compétence qui lui permettrait de mettre en cause la constitutionnalité d'une disposition limitative de la Loi.

Conclusion

En conclusion, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne donne pas à la Commission canadienne des droits de la personne compétence pour examiner la constitutionnalité de ses dispositions. La compétence de la Commission est circonscrite par les prescriptions de la Loi. De la même façon, un tribunal constitué à la demande de la Commission n'a pas non plus compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions limitatives de la Loi.

Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois. Il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

I. Introduction

En 1977, le Parlement du Canada a édicté la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), afin de promouvoir l'égalité de traitement au travail et dans d'autres secteurs d'activité. En 1982, le pays a adopté la *Charte canadienne des droits et libertés*, un document constitutionnel qui garantit l'égalité de traitement dans la loi à tous les Canadiens. La *Loi constitutionnelle de 1982* déclare, à l'art. 52, que les lois qui violent les garanties constitutionnelles sont inopérantes. Les appelants soutiennent que la disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui permet la mise à la retraite d'un employé lorsque celui-ci a atteint «l'âge de la retraite en vigueur pour [le] genre d'emploi» qu'il occupe est incompatible avec la *Charte* et donc inconstitutionnelle. Personne ne conteste qu'il est important pour les appelants et pour les Canadiens en général de savoir si l'art. 15 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi*

Canadians generally. Everyone also agrees that the *Charter* overrides the *Human Rights Act* if the latter fails to meet its requirements. Yet, a majority of this Court would assert that the Canadian Human Rights Commission has no power to consider the appellants' argument that the Act's defence of normal retirement for the industry is unconstitutional. The Commission is obliged to proceed, it asserts, as though the *Charter* did not exist and the statute's validity had not been called into question, and hence to dismiss the appellant's complaint — a complaint which, if s. 52 of the *Constitution Act, 1982* means what it says, may well be valid. Why is the Commission compelled to ignore the central legal question posed by these appeals and proceed in this artificial manner? Because, in the view of the majority, it lacks the power to consider *Charter* issues.

In my respectful view, the majority approach depreciates the language of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, makes it more difficult for the Human Rights Commission to fulfil its mandate, and places burdens on the victims of discrimination in their fight for equality that Parliament cannot have intended. If this is the clear effect of the Act and the law, then these results, however illogical, unjust and inconvenient they may be, must be accepted. But, unlike the majority, I do not find this to be the clear effect of the law. In my view, every tribunal charged with the duty of deciding issues of law has the concomitant power to do so. The fact that the question of law concerns the effect of the *Charter* does not change the matter. The *Charter* is not some holy grail which only judicial initiatives of the superior courts may touch. The *Charter* belongs to the people. All law and law-makers that touch the people must conform to it. Tribunals and commissions charged with deciding legal issues are no exception. Many more citizens have their rights determined by these tribu-

constitutionnelle de 1982 rendent nulle une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, adoptée en 1978. Personne ne conteste non plus que la *Charte* a préséance sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne* si cette dernière va à l'encontre des exigences prévues par la *Charte*. Pourtant, la Cour, à la majorité, est d'avis que la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas compétence pour examiner l'argument des appelants selon lequel le moyen de défense fondé sur l'âge de la retraite en vigueur dans l'industrie visée est inconstitutionnel. Elle affirme que la Commission est obligée de faire comme si la *Charte* n'existait pas et comme si la validité de la Loi n'avait pas été contestée et doit, par conséquent, rejeter la plainte des appelants, qui pourrait bien être fondée si l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit bien ce qu'il exprime. Pourquoi la Commission est-elle contrainte de ne pas prendre en considération la question juridique essentielle soulevée par les présents pourvois et de procéder de façon aussi artificielle? Parce que, de l'avis des juges majoritaires, elle n'a pas le pouvoir d'examiner des questions relevant de la *Charte*.

J'estime, en toute déférence, que cette opinion des juges majoritaires ne rend pas justice au libellé de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'elle complique l'exécution du mandat de la Commission des droits de la personne et qu'elle impose aux victimes de discrimination qui veulent faire reconnaître leur droit à l'égalité un fardeau que le législateur ne pouvait avoir envisagé. Si la Loi et les règles de droit ont clairement cet effet, alors il faut l'accepter, quelque illogique, injuste et inadéquat qu'il puisse être. Cependant, contrairement aux juges de la majorité, je ne crois pas que ce soit le cas. J'estime que tout tribunal qui est appelé à trancher des questions de droit dispose des pouvoirs afférents à cette tâche. Le fait que la question de droit porte sur les effets de la *Charte* ne change rien. La *Charte* n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. C'est un document qui appartient aux citoyens, et les lois ayant des effets sur les citoyens ainsi que les législateurs qui les adoptent doivent s'y conformer. Les tribunaux administratifs et les

nals than by the courts. If the *Charter* is to be meaningful to ordinary people, then it must find its expression in the decisions of these tribunals. If Parliament makes it clear that a particular tribunal can decide facts and facts alone, so be it. But if Parliament confers on the tribunal the power to decide questions of law, that power must, in the absence of counter-indications, be taken to extend to the *Charter*, and to the question of whether the *Charter* renders portions of its enabling statute unconstitutional.

commissions qui ont pour tâche de trancher des questions juridiques ne sont pas soustraits à cette règle. Ces organismes déterminent les droits de beaucoup plus de justiciables que les cours de justice. Pour que les citoyens ordinaires voient un sens à la *Charte*, il faut donc que les tribunaux administratifs en tiennent compte dans leurs décisions. Le législateur peut très bien exprimer clairement que la compétence d'un tribunal administratif donné se limite aux seules questions de fait, mais s'il lui confère le pouvoir de trancher des questions de droit, il faut présumer, en l'absence d'indication contraire, que ce pouvoir s'étend à la *Charte* et à la question de savoir si, au regard de celle-ci, certaines dispositions de sa loi habilitante sont inconstitutionnelles.

71 What is at stake may be judged by the case before us. The appellants contend that they are the victims of discrimination on the basis of age. Like many people who bring complaints before human rights tribunals, they have no lawyer. As is usual, they asked the Commission to consider their claim and refer it to a tribunal for investigation and hearing. Consistent with its goal of helping the disadvantaged, the Act establishes procedures for all this to be done at little or no cost to the complainant.

La présente espèce illustre bien les principes en jeu. Les appelants soutiennent qu'ils sont victimes de discrimination fondée sur l'âge. Comme beaucoup de ceux qui déposent une plainte devant un tribunal des droits de la personne, ils ne sont pas représentés par avocat. Ils ont demandé, comme c'est habituellement le cas, que la Commission examine leur plainte et la défère à un tribunal pour qu'il fasse enquête et tienne une audience. La Loi, en conformité avec son objet consistant à aider les personnes désavantagées, établit des mesures pour que ce processus se déroule à peu de frais, sinon sans frais, pour les plaignants.

72 Everyone who appeared before this Court, with the exception of *amicus curiae* appointed at the direction of this Court, agreed that the Commission should be able to initiate proceedings to determine the constitutional validity of the "normal retirement age" exemption of the Act. The appellants, having fought their way all the way to this Court without counsel, submit that the Commission should refer their complaint to a tribunal for consideration of both the facts and the legal issues. The respondent employer, Canadian Airlines, suggests that the Commission should be permitted to refer the legal question to the Federal Court, which will permit it, upon obtaining the answer, to decide whether the complaint has sufficient merit to justify appointing a tribunal. The Canadian Human Rights Commission, for its part, submits that the

Tous ceux qui ont comparu devant notre Cour, exception faite de l'*amicus curiae* qu'elle a désigné, ont convenu que la Commission devrait pouvoir prendre des procédures pour que soit déterminée la constitutionnalité de l'exception prévue par la Loi relativement à «l'âge de la retraite en vigueur». Les appelants, qui ont franchi toutes les étapes judiciaires jusqu'à notre Cour sans avocat, soutiennent que la Commission devrait déférer leur plainte à un tribunal pour que celui-ci procède à l'examen des questions de fait et de droit. L'employeur intimé, Lignes aériennes Canadien International, fait valoir que la Commission devrait pouvoir soumettre les questions juridiques à la Cour fédérale, ce qui lui permettrait, après avoir obtenu les réponses, de déterminer si la plainte paraît suffisamment fondée pour justifier la consti-

Commission has the power as a screening body to consider the constitutional issue in a preliminary way and either appoint a tribunal if it finds a meritorious case to be made out considering the law and the facts, or decline to do so if it finds no such case. In the event a tribunal were appointed, the Commission submits that the tribunal would have the power to consider and decide the entire matter, including arguments that the "normal age of retirement" exemption is rendered void by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Aggrieved parties could take appeals to the courts as permitted by the *Canadian Human Rights Act*.

It behooves this Court to ask why every party with a stake in the matter urges this Court to find that the Human Rights Commission may deal with the issue of the constitutionality of the "normal age of retirement" exemption in one way or another. The answer, I venture to suggest, is that this is the result which best achieves the economical and effective resolution of human rights disputes and best serves the values entrenched in the *Canadian Human Rights Act* and the *Charter*.

Applicants like the appellants suffer the greatest prejudice from a ruling that the Commission has no choice but to ignore the *Charter* challenge and to proceed on the basis that the law is valid. They must first launch their complaint with the Human Rights Commission, knowing that this is a useless *pro forma* step. When the complaint is refused, as it inevitably must be, they must then bring an action in Federal Court for a declaration that the section of the *Canadian Human Rights Act* at issue offends the *Charter* and is invalid. The requirement of this *pro forma* step can only serve to discourage complainants from challenging the constitutionality of a provision of the *Canadian Human Rights Act*. Moreover, the Commission itself may

tution d'un tribunal. La Commission canadienne des droits de la personne prétend pour sa part que, du fait de ses fonctions d'examen préalable, elle a le pouvoir de prendre en considération les questions constitutionnelles, à titre de questions préliminaires, et soit de constituer un tribunal s'il juge que la plainte, compte tenu du droit et des faits, mérite d'être instruite, soit de refuser de le faire s'il parvient à la conclusion inverse. Selon la Commission, un tribunal ainsi constitué serait habilité à examiner et à trancher tous les aspects de l'affaire, notamment l'argument selon lequel l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend inopérante l'exception relative à «l'âge de la retraite en vigueur». Les parties déboutées pourraient se prévaloir des droits d'appel devant les tribunaux judiciaires prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Il incombe à notre Cour de se demander pourquoi tous les intéressés, dans le présent pourvoi, exhortent la Cour à conclure que la Commission des droits de la personne peut trancher, d'une façon ou d'une autre, la question de la constitutionnalité de l'exception relative à «l'âge de la retraite en vigueur». Je me permets de proposer comme réponse que c'est parce que cette solution est celle qui permet le mieux de régler les différends en matière de droits de la personne de façon économique et efficace et qui sert le mieux les valeurs inscrites dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans la *Charte*.

La conclusion selon laquelle la Commission n'a pas d'autre choix que de s'abstenir d'examiner la contestation fondée sur la *Charte* et de traiter la plainte comme si la loi était valide est extrêmement préjudiciable pour des requérants comme les appelants. Ils doivent d'abord déposer leur plainte devant la Commission des droits de la personne en sachant qu'il ne s'agit là que d'une étape *pro forma* inutile et, lorsque inévitablement celle-ci est rejetée, ils doivent se tourner vers la Cour fédérale et demander le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la disposition en cause de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas valide parce qu'elle contrevient à la *Charte*. Cette étape *pro forma* obligée ne peut que décourager les

be unable to refer the constitutionality of a provision of the *Canadian Human Rights Act* to the court: see *Re Rosen*, [1987] 3 F.C. 238, where the Federal Court of Appeal held that it lacked jurisdiction to hear a reference from the Human Rights Commission on a question arguably similar to that raised by this appeal.

75

Nor does the process the majority envisions serve the employer; while the employer may be better able to bear the legal expense of a litigation detour than the appellants, the process may never provide an answer to the question of whether its policy violates the *Canadian Human Rights Act*. Unless the private complainants muster courage and enough money to pursue a collateral court challenge to the *Canadian Human Rights Act*, the employer will not know what policy is required to conform to the law and the *Charter*.

76

Finally, the Canadian public is ill-served by the process proposed by the majority on this appeal. Unless and until private individuals mount a successful court challenge under the *Charter*, administrative agencies like the Canadian Human Rights Commission must proceed to deal with people's rights as though the *Charter* had never been enacted. If and when the *Charter* issue is brought before the courts, it will be decided in a vacuum. Under the majority's suggested process of a declaratory action in Federal Court, there will be no factual record or tribunal findings to assist the courts in deciding whether or not to declare that the impugned section of *Canadian Human Rights Act* offends the *Charter*.

77

Why, one must ask, is it necessary to conclude, against the submissions of all the parties, that the Canadian Human Rights Commission has no jurisdiction to consider, even in its limited capacity as a screening body, the question of whether the "nor-

plaignants de contester la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. De plus, la Commission elle-même peut être incapable de saisir la cour de la question de la constitutionnalité d'une disposition de cette loi: *Re Rosen*, [1987] 3 C.F. 238, où la Cour d'appel fédérale a statué qu'elle n'avait pas compétence pour connaître d'un renvoi de la Commission canadienne des droits de la personne concernant une question qui, pourrait-on prétendre, serait semblable à celle dont nous sommes saisis en l'espèce.

Le processus envisagé par les juges majoritaires ne sert pas non plus l'employeur. Bien que celui-ci puisse être plus en mesure que les appelants de supporter les frais juridiques afférents à un détour procédural, il risque de ne jamais obtenir de réponse à la question de la conformité de sa politique à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En effet, il ne saura quelle politique adopter pour se conformer à la loi et à la *Charte* que si les plaignants privés rassemblent assez de courage et d'argent pour entreprendre une procédure judiciaire contendant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

En dernier lieu, le processus proposé par les juges majoritaires dessert également les intérêts des citoyens canadiens car des organismes administratifs comme la Commission canadienne des droits de la personne devront déterminer les droits des plaignants comme si la *Charte* n'avait jamais été adoptée, à moins que des parties privées ne l'invoquent avec succès devant une cour de justice. Dans l'hypothèse où une action fondée sur la *Charte* est intentée, la décision rendue sera détachée de la réalité. En effet, le processus de l'action déclaratoire devant la Cour fédérale, que proposent les juges majoritaires, fait que la cour devra déterminer si la disposition contestée de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* contrevient à la *Charte*, sans disposer d'un dossier factuel ou des conclusions d'un tribunal.

Pourquoi alors, peut-on se demander, faut-il conclure, à l'encontre des arguments de toutes les parties, que la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas compétence, ne serait-ce qu'en sa qualité restreinte d'organisme d'examen

mal age of retirement" defence may have been invalidated by the *Charter*? In my view, it is not necessary. The authorities, in my opinion, point to a more efficient process, a process which will not place unnecessary roadblocks in the way of complainants like the appellants. The Canadian Human Rights Commission seeks to do only what its statute obliges it to do — to carry out preliminary investigations of complaints and, if warranted, appoint tribunals to investigate and hear them.

II. The Applicable Principles

Two related principles of general application govern the question before us. The first is the general rule that all decision-making tribunals, be they courts or administrative tribunals, are bound to apply the law of the land. In doing so, they apply all the law of the land, including the *Charter*. As this Court, *per* Justice La Forest, stated in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, there cannot be one law for administrative tribunals and another for the courts. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* proclaims the Constitution as the "supreme law" of Canada. Citizens have the same right to expect that it will be followed and applied by the administrative arm of government as by legislators, bureaucrats and the police. If the state sets up an institution to exercise power over people, then the people may properly expect that that institution will apply the *Charter*.

While all tribunals must apply the law of the land, the powers they can exercise in doing so may be limited by Parliament or the Legislature. Save for the superior courts, which enjoy inherent jurisdiction, a tribunal can do only that which its constituent statute empowers it to do. Some tribunals are limited to questions of fact only. Other tribunals are empowered to consider questions of law as well as fact.

préalable, pour étudier la question de savoir si la *Charte* a pu invalider le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur»? À mon avis, cette conclusion ne s'impose pas. La jurisprudence, selon moi, propose un processus plus efficace, qui ne dresse pas d'obstacle inutile devant des plaignants comme les appelants. La Commission canadienne des droits de la personne ne cherche qu'à s'acquitter de l'obligation que sa loi habilitante lui impose: effectuer un examen préalable des plaintes et, dans les cas où cela est justifié, constituer un tribunal pour les examiner et tenir une audience.

II. Les principes applicables

Deux principes connexes d'application générale régissent les questions dont notre Cour est saisie. Aux termes du premier, les organismes décisionnels, qu'il s'agisse de tribunaux judiciaires ou administratifs, sont tenus d'appliquer la loi du pays. Pour ce faire, ils doivent appliquer toute la loi du pays, y compris la *Charte*. Comme notre Cour l'a affirmé dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, sous la plume du juge La Forest, il ne saurait y avoir une loi pour les tribunaux administratifs et une autre pour les cours de justice. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* déclare que la Constitution est la «loi suprême» du Canada. Les citoyens peuvent attendre de l'appareil administratif, tout autant que du législateur, des fonctionnaires ou de la police, qu'ils suivent et appliquent cette loi. Si l'État crée un organisme doté de pouvoirs touchant les citoyens, ceux-ci peuvent à bon droit escompter que cet organisme appliquera la *Charte*.

Tous les tribunaux ont l'obligation d'appliquer la loi du pays, mais le législateur peut limiter les pouvoirs susceptibles d'être exercés dans l'exécution de cette obligation. Exception faite des cours supérieures, qui jouissent d'une compétence inhérente, les tribunaux n'ont de pouvoirs que ceux qui leur sont dévolus dans leur loi habilitante. Certains tribunaux doivent se limiter à l'examen de questions de fait, et d'autres sont habilités à se prononcer sur des questions de fait et sur des questions de droit.

80 Questions of law encompass the meaning to be given to particular provisions of the statute under which the tribunal acts. But other types of legal questions may arise as well. There may be questions of conflicts between the tribunal's constituent statute and other enactments. Or there may be questions, as in the instant appeal, of conflict between the tribunal's constituent statute and the fundamental law of the land, the *Charter*.

Les questions de droit englobent l'interprétation des dispositions particulières de la loi régissant un tribunal. Elles comprennent également d'autres types de questions juridiques, comme celle du conflit entre la loi habilitante d'un tribunal et d'autres textes de loi ou, comme en l'espèce, celle du conflit entre la loi habilitante d'un tribunal et la loi fondamentale du pays, la *Charte*.

81 This Court has repeatedly held that administrative tribunals empowered to decide questions of law may consider *Charter* questions: *Douglas College, supra, 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; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929. This conclusion reflects the principle that tribunals must apply the law of the land in its entirety. If the tribunal is empowered to decide questions of law, then that power goes not to part of the law but to all the law; absent an indication that Parliament intended to exclude *Charter* issues from the tribunal's purview, the courts should not do so by judicial fiat.

Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux administratifs investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont compétence pour examiner des questions relevant de la *Charte*: *Douglas College*, précité, *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, et *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929. Cette conclusion est conforme au principe voulant que les tribunaux doivent appliquer la loi du pays dans sa totalité. Le pouvoir de trancher des questions de droit, dont un tribunal peut être investi, ne s'exerce pas à l'égard de parties de la loi du pays mais de toute la loi et, à moins d'indication que le législateur a eu l'intention d'exclure les questions relevant de la *Charte* de la compétence d'un tribunal, les cours de justice ne devraient pas les exclure par ordonnance judiciaire.

82 The general obligation of tribunals empowered to decide questions of law to apply the *Charter* and render decisions reflecting the *Charter* is confirmed by the court structure dictated by the Constitution of Canada. Unlike many countries, for example Germany and France, the Constitution of Canada does not establish a separate constitutional court which is given exclusive responsibility to decide constitutional questions. Such systems specifically forbid junior tribunals and courts from deciding constitutional issues, which must be referred to the constitutional court. As noted in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *Douglas College, supra*, the Canadian Constitution generally and the *Charter* in particular take another route: lower tribunals are to apply the *Charter* in their decisions. The correctness of their

L'organisation judiciaire prescrite par la Constitution du Canada confirme l'obligation générale qu'assument les tribunaux habilités à trancher des questions de droit d'appliquer la *Charte* et de rendre des décisions conformes à celle-ci. La Constitution canadienne, contrairement à celle de nombreux pays, comme l'Allemagne ou la France, n'établit pas une cour constitutionnelle distincte jouissant d'une compétence exclusive à l'égard des questions relevant de la constitution. Ces régimes interdisent expressément aux tribunaux administratifs et cours de justice d'instance inférieure de trancher de telles questions, qui doivent être déferées à la cour constitutionnelle. Comme notre Cour l'a signalé dans les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *Douglas College*, précité, la Constitution canadienne en général et la *Charte* en par-

Charter rulings will be considered, along with all other matters, on appeal of the case as a whole. Absent specific indications to the contrary, lower courts and tribunals should as a general rule consider such *Charter* issues as may come before them.

The second principle of general application to the question before us is this: a tribunal's ruling that a law is inconsistent with the *Charter* is nothing more, in the final analysis, than a case of applying the law of the land — including the most fundamental law of the land, the Constitution. It is common to speak of courts or tribunals “striking down” or invalidating laws, regulations and government actions, suggesting action that transcends mere application of the law and hence, must be reserved for the highest courts. This view of the *Charter* is, with respect, inaccurate. The *Charter* confers no power on judges or tribunals to strike down laws. The *Constitution Act, 1982*, however, provides that all laws are invalid to the extent that they are inconsistent with the *Charter*. Laws are struck down not by judicial fiat, but by operation of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The task of the judge or decision-maker is to determine whether there is an inconsistency between the law that is challenged and the *Charter* and, if so, its extent. My point is not that this is not an important and powerful role, but rather that we fall into error if we think of the *Charter* as a document that empowers some decision-making bodies to decide *Charter* questions to the exclusion of others. The *Constitution Act, 1982* does not speak in terms of bodies possessing power to invalidate laws. Rather, it pronounces the laws invalid, to the extent of their inconsistency with the *Charter*. The only reference in the *Charter* to decision-making bodies deals not with the invalidity of the laws that conflict with the *Charter*, but with enforcement. Section 24(1) provides that a person whose rights are infringed or denied “may apply to a court of competent jurisdiction” for a remedy, and s. 24(2) permits a court to exclude evidence taken in violation of the *Charter*. The fact that invalidation of

ticulier tracent une autre voie: les instances inférieures sont tenues d'appliquer la *Charte*. La justesse de leurs décisions quant à la *Charte* est examinée, avec toutes les autres questions, dans le cadre de l'appel de la décision dans son ensemble. À moins d'indication contraire, les cours de justice et tribunaux administratifs d'instance inférieure devraient, en règle générale, examiner les questions relatives à la *Charte* qui leur sont soumises.

Le second principe d'application générale pertinent en l'espèce veut que la décision d'un tribunal selon laquelle une règle de droit contrevient à la *Charte* n'est, en dernière analyse, rien d'autre que l'application de la loi du pays, et notamment de sa loi fondamentale, la Constitution. On dit communément des cours de justice ou des tribunaux administratifs qu'ils invalident des dispositions législatives ou réglementaires ou annulent des actions gouvernementales, suggérant par là que ce type de décision transcende la simple application de la loi et devrait donc être réservée aux cours supérieures. J'estime, en toute déférence, que cette perception de la *Charte* est inexacte. La *Charte* n'investit pas les juges ou les tribunaux administratifs du pouvoir d'invalider des lois. Cependant, la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce que toute loi incompatible avec ses dispositions est inopérante. Les dispositions législatives ne sont pas inopérantes du fait d'ordonnances judiciaires mais en raison de l'opération de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge ou le décideur doit déterminer s'il y a incompatibilité entre la loi contestée et la *Charte* et, le cas échéant, la portée de cette incompatibilité. Mon propos n'est pas de diminuer l'importance et la portée de ce rôle mais de signaler que l'on commet une erreur si l'on perçoit la *Charte* comme un document habilitant certains organismes décisionnels à trancher des questions relevant de la *Charte* et refusant cette capacité à d'autres. La *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait pas mention d'organismes qui auraient le pouvoir d'invalider des lois. Elle déclare inopérantes les lois incompatibles avec la *Charte*. Lorsque, dans la *Charte*, il est question d'organismes décisionnels, ce n'est pas en rapport avec l'invalidité des lois incompatibles avec la *Charte*, mais uniquement en rapport avec les recours. Le para-

laws under the *Charter* is linked to inconsistency rather than the action of a particular court, undercuts the suggestion that striking down laws under the *Charter* is the prerogative of a particular court.

84 These general considerations suggest that any tribunal empowered to decide legal questions should be able to rule on the legal question of inconsistency with the *Charter* where this issue comes before them. The jurisprudence of this Court supports that view. It confirms a distinction between the duty of a tribunal to apply the Constitution in the course of performing its statutory mandate, and the power to grant *Charter* remedies under s. 24. Only in the latter case does the question of whether the tribunal is “competent” arise. In the former, the tribunal must consider and apply the *Charter*.

85 This distinction was made by La Forest J. in *Douglas College, supra*, speaking for the majority of the Court on this point. In that case, the issue was whether an arbitrator, applying a collective agreement governed by the British Columbia *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, was entitled to consider arguments that certain sections of the Code relating to mandatory retirement violated the *Charter*. The issue was identical to the issue posed in this case, except that there the decision-maker was an arbitrator under the *Labour Code* while here the decision-maker is the Canadian Human Rights Commission under the *Canadian Human Rights Act*.

86 La Forest J. began his consideration of the jurisdiction of the arbitrator to apply the *Charter* by noting the Court of Appeal in finding jurisdiction stated that it was unnecessary to consider the question of whether the arbitrator was “a court of com-

graphe 24(1) dispose qu’une personne dont les droits ont été violés ou niés, peut «s’adresser à un tribunal compétent» pour obtenir réparation, et le par. 24(2) permet d’écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Le fait que l’invalidation des lois sous le régime de la *Charte* soit liée à l’incompatibilité et non à l’action d’une cour de justice donnée contredit l’idée que cette fonction est l’apanage d’une cour particulière.

Ces considérations générales donnent à penser que tout tribunal habilité à se prononcer sur des questions de droit devrait pouvoir statuer sur la question juridique de l’incompatibilité d’une disposition avec la *Charte* si ce point lui est soumis. La jurisprudence de notre Cour étaye une telle position. Elle confirme l’existence d’une distinction entre l’obligation d’un tribunal administratif d’appliquer la Constitution dans l’exécution du mandat que le législateur lui a confié et le pouvoir d’accorder une réparation sous le régime de l’art. 24. La question de la compétence du tribunal ne se pose que dans ce dernier cas. Dans le premier, le tribunal a l’obligation d’examiner et d’appliquer la *Charte*.

Cette distinction a été établie dans *Douglas College*, précité, par le juge La Forest, qui se prononçait au nom de la majorité sur cette question. Il s’agissait, dans ce pourvoi, de déterminer si un arbitre pouvait, dans le cadre de l’application d’une convention collective régie par le *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 212, examiner l’argument selon lequel des dispositions du Code relatives à la retraite obligatoire contrevenaient à la *Charte*. La question qui se posait était la même qu’en l’espèce, à la différence près que l’organisme décisionnel était un arbitre nommé en vertu du *Labour Code*, dans l’affaire précitée, et non la Commission canadienne des droits de la personne, constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, comme en l’espèce.

Le juge La Forest a commencé son analyse de la compétence de l’arbitre en matière d’application de la *Charte* en signalant que la Cour d’appel, en concluant à l’existence de cette compétence, a affirmé qu’il n’y avait pas lieu d’examiner la ques-

petent jurisdiction” since no relief was sought under s. 24(1) (at p. 587). In the course of a careful review of the authorities, he stated, at p. 591, that the “predominant position among the courts is that in the exercise of its statutory mandate, a tribunal is empowered to examine and rule upon the constitutional validity of a statute it is called upon to apply”. Later, he opined, at p. 594, that a tribunal “performing what it was by law empowered to do. . . was entitled not only to construe the relevant legislation but to determine whether that legislation was validly enacted (emphasis added). He elaborated by reference to s. 52 of the Constitution:

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada — the supreme law of the land — is, to the extent of its inconsistency, of no force or effect. A tribunal must respect the Constitution so that if it finds invalid a law it is called upon to apply, it is bound to treat it as having no force or effect. [Emphasis added.]

La Forest J. went on to state that if a tribunal were asked to address a *Charter* matter outside its mandate, for example a special remedy under s. 24(1) of the *Charter*, the result might be otherwise. He concluded by underlining “[t]he distinction . . . between the exercise of the power conferred by s. 24(1) of the *Charter* and the duty of a tribunal to apply the Constitution in the course of performing its statutory mandate” (p. 595). The same distinction was made by Wilson J., L’Heureux-Dubé J. concurring. In the result, this Court unanimously held that the arbitrator had the power, in the course of rendering his decision on the complaint against mandatory retirement, to consider whether the Code’s retirement provision violated the *Charter*.

This Court applied the same principles in *Tétreault-Gadoury*, *supra*. Again, the issue was age discrimination and the ability of a tribunal to consider whether a statute violated the equality guarantee of the *Charter*. This time the statute was the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C.

tion de savoir si l’arbitre était «un tribunal compétent» puisque aucune réparation n’était demandée en vertu du par. 24(1) (à la p. 587). Dans son analyse fouillée de la jurisprudence, il a écrit, à la p. 591, que l’«opinion prédominante des tribunaux est que, dans l’exercice du mandat conféré par la loi, un tribunal a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle d’une loi qu’il est appelé à appliquer». Plus loin, à la p. 594, il a émis l’opinion qu’un tribunal qui «faisait ce qu’il avait le pouvoir de faire en vertu de la loi [. . .] avait non seulement le pouvoir d’interpréter les dispositions législatives pertinentes, mais aussi celui de décider si la loi avait été adoptée validement» (je souligne). Il a précisé relativement à l’art. 52 de la Constitution:

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution — la loi suprême du Canada — rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Un tribunal doit respecter la Constitution de sorte que, s’il conclut que la loi qu’on lui demande d’appliquer est invalide, il doit la traiter comme si elle était inopérante. [Je souligne.]

Il a ajouté que si l’on demandait à un tribunal de statuer sur une question relative à la *Charte* qui ne relevait pas de son mandat, par exemple l’octroi d’une réparation visée au par. 24(1), le résultat pourrait être différent. Il a conclu en soulignant «[l]a distinction [. . .] entre l’exercice du pouvoir conféré par le par. 24(1) de la *Charte* et l’obligation d’un tribunal d’appliquer la Constitution dans le cadre de l’exécution du mandat conféré par la loi» (p. 595). Les juges Wilson et L’Heureux-Dubé, qui ont souscrit aux motifs du juge La Forest, ont établi la même distinction. Finalement, la Cour a statué à l’unanimité que l’arbitre avait, pour rendre sa décision sur la plainte contre la retraite obligatoire, le pouvoir d’examiner si les dispositions du Code en cette matière contrevenaient à la *Charte*.

Notre Cour a appliqué les mêmes principes dans *Tétreault-Gadoury*, précité. Cette affaire portait, elle aussi, sur une plainte de discrimination fondée sur l’âge et sur la compétence d’un tribunal d’examiner si une loi violait le droit à l’égalité garanti par la *Charte*. La loi en cause, cette fois, était la

1970-71-72, c. 48, which denied benefits to those over 65. The Board of Referees to which an appeal from denial of benefits was taken refused to consider the *Charter* question. The Federal Court of Appeal held that the Board had erred in refusing to consider the *Charter*. This Court, *per* La Forest J. reversed that decision on the ground that the statute did not give the Board the power to decide questions of law. The Act conferred that power on another administrative tribunal in the scheme — the Umpire. Applying the test set out in *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, it was the Umpire who was charged with interpreting the law and applying the *Charter*. La Forest J. underlined the practical reasons for permitting administrative tribunals to apply the *Charter* (at pp. 35-36): “one of the major advantages . . . is the relative accessibility such bodies provide in comparison with the regular court system”. Another (at p. 36) is “that specialized expertise may be brought to bear on the issue. . . . The umpire will possess a certain insight, based upon broad experience with respect to the legislative scheme, that will render his or her contribution to the determination of the constitutional question a valuable one”. These advantages, he noted, were preserved in the system at issue by permitting the Umpire to apply the *Charter*.

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, qui excluait de son régime de prestations les personnes âgées de plus de 65 ans. Le conseil arbitral qui a entendu l'appel interjeté contre l'exclusion des prestations a refusé d'examiner la question relative à la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a statué que le conseil arbitral avait commis une erreur en n'acceptant pas d'examiner cette question. Notre Cour, sous la plume du juge La Forest, a infirmé cette décision parce que la loi ne donnait pas au conseil le pouvoir de statuer sur des questions de droit. C'était un autre tribunal administratif créé sous le régime de cette loi qui pouvait exercer ce pouvoir, savoir le juge-arbitre. D'après le critère établi dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, c'était au juge-arbitre qu'il revenait d'interpréter la loi et d'appliquer la *Charte*. Le juge La Forest a souligné les avantages pratiques liés au fait de permettre aux tribunaux administratifs d'appliquer la *Charte* (aux pp. 35 et 36): «l'un des principaux avantages [. . .] est l'accessibilité relative de ces organismes comparativement au système judiciaire normal». Un autre avantage dont il fait état (à la p. 36) est «celui de pouvoir compter sur l'expertise du tribunal. Grâce à sa vaste expérience de l'économie de la loi, le juge-arbitre apportera un éclairage qui rendra précieuse sa contribution à la décision sur la question constitutionnelle». Selon le juge La Forest, c'est le fait de permettre au juge-arbitre d'appliquer la *Charte* qui préserve ces avantages dans le régime visé.

88 This Court applied the same principles in *Cuddy Chicks* to conclude that the Ontario Labour Relations Board had the power to apply the Ontario's *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, in determining whether a provision of the Act violated the *Charter*'s guarantee of freedom of association. La Forest J., after noting that the legislation empowered the Board to determine questions of law, wrote at p. 15: “The issue . . . is whether this authority with respect to questions of law can encompass the question of whether a law violates the *Charter*. It is clear to me that a *Charter* issue must constitute a question of law; indeed, the

Notre Cour a appliqué les mêmes principes dans *Cuddy Chicks*, et elle a conclu que la Commission des relations de travail de l'Ontario avait le pouvoir d'appliquer la *Charte* pour déterminer si une disposition de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, portait atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*. Le juge La Forest, après avoir constaté que la Commission était habilitée par la loi à trancher des questions de droit, s'est exprimé ainsi (à la p. 15): «Il s'agit [. . .] de déterminer si ce pouvoir à l'égard des questions de droit peut s'étendre à la question de savoir si une loi viole la *Charte*. Il me paraît évi-

Charter is part of the supreme law of Canada" (emphasis added).

Douglas College, Tétreault-Gadoury and Cuddy Chicks stand for two related propositions. First, an administrative tribunal which has the power to decide questions of law has the power to decide the validity of particular laws under the *Charter*. Second, provided that an administrative tribunal is discharging a function assigned to it by its legislation, it may, in the course of doing so, consider and decide *Charter* issues. As a corollary, the cases affirm a third proposition: no express term conferring upon the tribunal the power to entertain constitutional questions is required for the tribunal to apply the *Charter*.

This Court has never overruled or limited these cases or the principles which they set out. Accordingly, it is these principles that govern the issue in the case at bar — whether the Canadian Human Rights Commission has the power to consider the constitutional validity of the “normal age of retirement” defence in the *Canadian Human Rights Act*.

III. Application of the Law in this Case

It is my view that the Canadian Human Rights Commission has the power to consider questions of law, and that the *Charter* issue raised here falls within the mandate of what the Commission is required to do under the *Canadian Human Rights Act*. Accordingly, I conclude that a tribunal appointed by the Commission has the power to apply the *Charter* and determine whether the “normal age of retirement” defence is rendered invalid by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Since no relief is claimed under s. 24 of the *Charter*, the question of whether the tribunal is a “court of competent jurisdiction” under that section does not arise.

dent qu’une question concernant la Charte est une question de droit; en effet, la Charte fait partie de la loi suprême du Canada» (je souligne).

Les arrêts *Douglas College, Tétreault-Gadoury* et *Cuddy Chicks* établissent deux principes connexes. Premièrement, un tribunal administratif qui dispose du pouvoir de statuer sur des questions de droit est habilité à se prononcer sur la validité de dispositions législatives particulières au regard de la *Charte*. Deuxièmement, dans la mesure où il exerce une fonction qui lui a été dévolue par sa loi habilitante, il peut examiner et trancher des questions relatives à la *Charte*. En corollaire, ces arrêts énoncent un troisième principe, savoir qu’il n’est pas nécessaire que le pouvoir d’examiner des questions constitutionnelles soit conféré en termes explicites au tribunal pour que celui-ci puisse appliquer la *Charte*.

Notre Cour n’a jamais infirmé ces arrêts ni limité la portée des principes qu’ils établissent. Ce sont donc ces principes qui régissent la question dont nous sommes saisis en l’espèce: la question de savoir si la Commission canadienne des droits de la personne a le pouvoir d’examiner la constitutionnalité du moyen de défense fondé sur «l’âge de la retraite en vigueur» prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

III. Application du droit en l’espèce

Je suis d’avis que la Commission canadienne des droits de la personne a compétence pour examiner des questions de droit, et que la question relevant de la *Charte* soulevée en l’espèce entre dans le mandat qui lui incombe en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Je conclus donc qu’un tribunal constitué par la Commission a le pouvoir d’appliquer la *Charte* et de déterminer si le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend inopérant le moyen de défense fondé sur «l’âge de la retraite en vigueur». La question de savoir si le tribunal est un «tribunal compétent» ne se pose pas puisque aucune demande de réparation fondée sur l’art. 24 n’a été présentée.

89

90

91

92 I approach the matter first from the perspective of the principle that tribunals entitled to decide questions of law may decide *Charter* issues.

93 The first enquiry focuses on the provisions of the *Canadian Human Rights Act*. The Act does not expressly state that the Commission has power to consider legal questions. However, this power may be inferred from the Act. Many of the duties which Parliament assigns to the Commission could not be accomplished unless the Commission has the power to consider issues of law generally and the effect of the *Charter* on human rights law more particularly.

94 Section 26 of the Act provides for a commission "to be known as the Canadian Human Rights Commission". Under s. 27, the Commission is charged with the administration of Part I of the Act, relating to the prevention of discrimination and the promotion of equality, as well as Part III of the Act, relating to complaints. Section 27 goes on to detail specific duties. These duties include information programs, liaison with other bodies and authorities to avoid conflicts in the handling of complaints, considering and making recommendations on human rights matters, review of regulations, rules, by-laws and other instruments made by Parliament, and generally to endeavour "by persuasion, publicity or any other means that it considers appropriate to discourage and reduce discriminatory practices".

95 These provisions negate any notion that the Commission is simply a rubber stamp, created to apply cipher-like the instructions Parliament delivers from above. If the Commission is to consider suggestions and requests on human rights and report to Parliament on the advisability of changes (s. 27(1)(e)), it must be presumed to have the power to interpret and consider the validity of the laws Parliament has already put in place. Similarly, if it is to carry out studies concerning human rights and freedoms and report with recommenda-

C'est en partant du principe que les tribunaux administratifs habilités à trancher des questions de droit ont compétence pour statuer sur des questions relevant de la *Charte* que j'aborde le présent pour-voi.

Il faut d'abord se pencher sur les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Loi n'énonce pas expressément que la Commission a le pouvoir d'examiner des questions de droit, mais ce pouvoir peut s'inférer de ses termes. Un grand nombre des obligations que le législateur a assignées à la Commission ne pourraient être exécutées si cette dernière n'avait pas le pouvoir d'examiner des questions de droit en général et, plus particulièrement, celui d'examiner les effets de la *Charte* sur les dispositions législatives en matière de droits de la personne.

L'article 26 de la Loi pourvoit à la constitution d'un organisme, la «Commission canadienne des droits de la personne». Aux termes de l'art. 27, la Commission veille à l'application de la partie I de la Loi, relative à la prévention de la discrimination et à la promotion de l'égalité, et de la partie III, relative aux plaintes. L'article 27 prévoit également des fonctions particulières, dont l'élaboration de programmes d'information, la liaison avec d'autres organismes en vue d'éviter les conflits dans l'instruction des plaintes, l'examen et la formulation de recommandations en matière de droits de la personne, l'examen de règlements, règles, décrets, arrêtés et autres textes établis en vertu d'une loi fédérale et il énonce, de façon générale, que la Commission tente «par tous les moyens qu'elle estime indiqués, d'empêcher la perpétration des actes discriminatoires».

Ces dispositions contredisent toute idée que la Commission n'est qu'une enveloppe vide n'existant que pour appliquer sans discussion les directives émanant du législateur. Si la Commission a pour fonction d'examiner des propositions et des requêtes en matière de droits de la personne et de faire rapport au Parlement sur l'opportunité d'apporter des modifications (al. 27(1)e)), il faut présumer qu'elle a le pouvoir d'interpréter les lois déjà adoptées et d'en examiner la validité. De la même façon, si elle doit faire des études sur les droits et

tions (s. 27(1)(f)), it must have the power to interpret the law. Again, if the Commission is to review Parliament's laws and regulations in any meaningful way and "comment on any provision thereof that in its opinion is inconsistent with the principle described in section 2" (promotion of equal opportunity and avoidance of discrimination) (s. 27(1)(g)), it must have the power to interpret the discrimination provisions of the Act; interpretation is the prerequisite to judging consistency and effect.

Section 27(2) is to the same effect. It expressly empowers the Commission to interpret the Act's provisions. It permits on the Commission "on application or on its own initiative" to issue "guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a particular case or in a class of cases described by the guideline". The formulation of guidelines is the very stuff of legal and statutory interpretation — the determination of how broadly or narrowly the words of particular sections should be read in order to ascertain whether specific cases fall within or outside the provisions.

The question then is whether the Commission, being required to interpret the law for the purposes of Part I of the Act, is forbidden to enter the domain of legal interpretation in discharging its duties in relation to complaints under Part III of the Act. In my view, that cannot have been the intent of Parliament. If the Commission, using its interpretative powers, sets out guidelines as to what the Act means under Part I, surely it can apply those guidelines in determining whether a complaint should be referred to a tribunal for investigation, hearing and decision under Part III. If this is so, as it must be, then the Commission has the power to interpret the law in determining whether to refer a complaint to a tribunal or dismiss it.

The Act confers the same power to consider and decide issues of law on the tribunals appointed to

libertés de la personne et formuler des recommandations (al. 27(1)f)), elle doit pouvoir interpréter les lois. Encore une fois, pour que l'examen des lois et des règlements par la Commission ait un sens et pour que la Commission puisse «les commenter [...] dans les cas où elle les juge incompatibles avec le principe énoncé à l'article 2» (promouvoir l'égalité des chances et empêcher la perpétration d'actes discriminatoires) (al. 27(1)g)), celle-ci doit pouvoir interpréter les dispositions de la Loi relatives à la discrimination. On ne peut en effet juger de la compatibilité et des effets de dispositions législatives sans les interpréter.

Le paragraphe 27(2) va dans le même sens. Il confère expressément à la Commission le pouvoir d'interpréter les dispositions de la Loi. Il lui permet, «sur demande ou de sa propre initiative», «[d]ans un cas ou une catégorie de cas donnés [...] de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi». La préparation de ces ordonnances suppose essentiellement des fonctions d'interprétation juridique, savoir la délimitation de la portée large ou étroite à donner aux termes de dispositions précises pour déterminer si elles visent ou non des situations particulières.

Il s'agit donc de déterminer si la Commission, à qui il incombe d'interpréter la loi pour les fins de la partie I de la Loi, doit s'acquitter des fonctions relatives aux plaintes qui lui sont conférées par la partie III sans pouvoir exercer de pouvoir d'interprétation. À mon avis, cela ne pouvait être l'intention du législateur. Si la Commission, en exerçant ses pouvoirs d'interprétation, établit par ordonnance la portée de la partie I de la Loi, elle peut certainement appliquer ces ordonnances pour déterminer s'il convient de déférer une plainte à un tribunal pour que celui-ci l'examine, entende les parties et rende une décision sous le régime de la partie III. Si tel est le cas, comme ce devrait l'être, la Commission jouit d'un pouvoir d'interprétation pour déterminer s'il y a lieu de déférer une plainte à un tribunal ou de la rejeter.

Aux termes de la Loi, le tribunal constitué pour examiner une plainte et en décider dispose lui

96

97

98

investigate and decide particular complaints. The tribunal may receive all “and other evidence or information . . . whether or not . . . admissible in a court of law” — s. 50(2)(c). It must give full opportunity to all parties not only to call evidence, but to “make representations” — s. 50(1). These suggest a full hearing extending beyond the facts to law. However, the Act does not leave us to guess. In the provisions for appeal from a tribunal, it defines the powers of the review tribunal as “all the powers of . . . a tribunal” — s. 56(2). It then goes on to state that an “appeal lies to a review tribunal against a decision or order of a tribunal on any question of law or fact or mixed law and fact” — s. 56(3) (emphasis added). If the tribunal were confined to deciding matters of fact, then there would be no need for the review panel to have the function of reviewing questions of law or mixed law and fact. The provisions make sense only if it is accepted that the tribunal has the power to decide questions of law. When it decides these questions of law or mixed law and fact, it is subject to correction by the review panel.

aussi du pouvoir de prendre en considération et de trancher des questions de droit. Le tribunal a le pouvoir de recevoir «des éléments de preuve ou des renseignements [. . .] indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire» — al. 50(2)c). Il doit donner aux parties la possibilité pleine et entière de présenter des éléments de preuve «ainsi que leurs observations» — par. 50(1). Ces dispositions indiquent que le tribunal tient une audience complète qui ne porte pas uniquement sur les faits mais également sur le droit. Toutefois, la Loi ne nous contraint pas à la devinette. Elle précise, dans les dispositions relatives au droit d’appel contre la décision d’un tribunal, les pouvoirs qu’exercent les tribunaux d’appel, en énonçant qu’ils «sont investis des mêmes pouvoirs» que les tribunaux des droits de la personne — par. 56(2). Elle prévoit également que le «tribunal d’appel peut entendre les appels fondés sur des questions de droit ou de fait ou des questions mixtes de droit et de fait» — par. 56(3) (je souligne). Si les tribunaux des droits de la personne ne statuaient que sur les faits, les tribunaux d’appel n’auraient aucune raison d’examiner des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait. Ces dispositions n’ont de sens que si l’on accepte que les tribunaux des droits de la personne ont compétence pour trancher des questions de droit. Lorsqu’ils statuent sur des questions de droit ou sur des questions mixtes de droit et de fait, ils sont assujettis au pouvoir de révision des tribunaux d’appel.

99 The second principle asserted by *Douglas College, Tétreault-Gadoury*, and *Cuddy Chicks* is that a tribunal may consider the *Charter* in carrying out the mandate conferred upon it by Parliament or the legislature. The provisions of the Act reviewed above support the conclusion, not only that the Canadian Human Rights Commission is empowered to consider questions of law but also that it is obliged to do so in carrying out its mandate. This obligation, the cases assert, extends to permitting boards and tribunals appointed under human rights legislation to hold that provisions of the law are invalid. Often this has been assumed without challenge: see, for example *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R.

Le second principe établi dans *Douglas College, Tétreault-Gadoury* et *Cuddy Chicks* énonce qu’un tribunal peut examiner la *Charte* dans l’exécution du mandat que lui confère le législateur. Les dispositions de la Loi étudiées ci-dessus étayent la conclusion non seulement que la Commission canadienne des droits de la personne est habilitée à examiner des questions de droit mais également qu’elle doit le faire pour s’acquitter de son mandat. Suivant ces arrêts, cette obligation englobe la possibilité pour les organismes et les tribunaux constitués en vertu de lois sur les droits de la personne de conclure à l’invalidité de dispositions législatives. Cette possibilité a souvent été présumée sans contestation (voir, par exemple, *Insurance Corpo-*

145. The power of inferior tribunals to find laws invalid in the course of performing their mandate is analogous to a similar question which was considered in *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (B.C.C.A.), at p. 439. In that case, Macfarlane J.A., speaking for the majority held at pp. 439-40 that provincial courts do have the jurisdiction to deal with all relevant aspects of the *Charter*:

It is clear that the power to make general declarations that enactments of Parliament or of the Legislature are invalid is a high constitutional power which flows from the inherent jurisdiction of the superior courts.

But it is equally clear that if a person is before a court upon a charge, complaint, or other proceeding properly within the jurisdiction of that court then the court is competent to decide that the law upon which the charge, complaint or proceeding is based is of no force and effect by reason of the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to dismiss the charge, complaint or proceeding. The making of a declaration that the law in question is of no force and effect, in that context, is nothing more than a decision of a legal question properly before the court. It does not trench upon the exclusive right of the superior courts to grant prerogative relief, including general declarations.

The analysis that Macfarlane J.A. applied with respect to provincial courts also applies with respect to tribunals, in so far as such tribunals have been given the power by Parliament to decide questions of law.

This principle was applied to tribunals appointed under the *Canadian Human Rights Act in Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.). In that case, the complainants were denied unemployment insurance benefits because they were employed by their husbands or by corporations of which their husbands controlled more than 40 percent of the voting shares. They brought a complaint under the *Canadian Human Rights Act*, alleging discrimination. The Commission

ration of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145. La question du pouvoir d'instances inférieures de juger que des lois ne sont pas valides dans l'exécution de leur mandat s'apparente à la question qui a été examinée dans *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (C.A.C.-B.), à la p. 439. Dans cette affaire, le juge Macfarlane, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu, aux pp. 439 et 440, que les tribunaux judiciaires provinciaux avaient compétence pour examiner tous les aspects pertinents de la *Charte*:

[TRADUCTION] Il est avéré que le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire sur la validité constitutionnelle des lois adoptées par le Parlement ou l'une des législatures ressortit à la compétence exclusive des instances supérieures.

Mais il est également avéré que si une personne comparaît devant un tribunal à la suite d'une inculpation, d'une plainte ou d'un autre acte de procédure qui relève régulièrement de la compétence de ce dernier, il s'ensuit que le tribunal a compétence d'une part, pour juger que la loi sur laquelle repose l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure est inopérante du fait des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et d'autre part, pour rejeter l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure. Le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la loi contestée est inopérante n'est, dans ce contexte, rien de plus qu'une décision sur une question juridique dont le tribunal est régulièrement saisi. Cela n'empiète aucunement sur le droit exclusif des instances supérieures d'accorder un redressement par voie de bref de prérogative, y compris un jugement déclaratoire.

L'analyse que le juge Macfarlane fait à l'égard des cours provinciales s'applique également aux tribunaux administratifs, dans la mesure où ceux-ci ont reçu du législateur le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit.

Ce principe a été appliqué à des tribunaux constitués en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dans *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.). Cette affaire portait sur le refus d'accorder des prestations d'assurance-chômage à des femmes qui avaient été employées par leur mari ou par des sociétés dont leur mari contrôlait plus de 40 pour 100 des actions avec droit de vote. Ces dernières avaient déposé une plainte fondée sur la *Loi canadienne*

referred the matter to a tribunal, which held the sections of the *Unemployment Insurance Act* which mandated the discriminatory treatment were inconsistent with the *Canadian Human Rights Act* and hence inoperative. The Attorney General of Canada argued that the tribunal had no jurisdiction to make general declarations as to the validity of the legislation. After citing the passage from *Re Shewchuk* quoted above, the Federal Court of Appeal *per* Mahoney J. found that the principle that an inferior court could find a statute invalid for breach of the *Charter* in the course of making the decision that Parliament had empowered it to make applied equally to a human rights tribunal under the *Canadian Human Rights Act*. The tribunal, in his view (at p. 35), was empowered to find the offending enactment "to have been implicitly repealed by the enactment of the Human Rights Act".

sur les droits de la personne, alléguant qu'elles avaient été victimes de discrimination. La Commission a déféré la plainte à un tribunal, qui a conclu que les dispositions de la *Loi sur l'assurance-chômage* qui prescrivaient ce traitement discriminatoire étaient incompatibles avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et qu'elles étaient donc inopérantes. Le procureur général du Canada a soutenu que le tribunal n'avait pas compétence pour statuer de façon déclaratoire sur la validité de dispositions législatives. Après avoir cité le passage de *Re Shewchuk* rapporté ci-dessus, la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Mahoney, a affirmé que le principe voulant qu'une instance inférieure puisse conclure à l'invalidité d'une disposition législative incompatible avec la *Charte* dans le cadre de la prise d'une décision que le législateur lui a donné le pouvoir de rendre, s'appliquait également à un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Selon le juge Mahoney (à la p. 35), ce tribunal était habilité à conclure que la disposition législative en cause « a été implicitement abrogée par l'adoption de la Loi sur les droits de la personne ».

101 In this case, it is a provision of the *Canadian Human Rights Act* — the "normal age of retirement" defence which is argued to be implicitly repealed by the *Charter*. However, from the point of view of the jurisdiction of the Commission there is no distinction between this case and *Druken*. If the appellants are correct, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* has implicitly repealed the "normal age of retirement" defence of the *Canadian Human Rights Act*. In order to decide whether a complaint has validity, the Commission is obliged to determine whether this submission has merit or not. Following the principle affirmed in *Douglas College* and applied in *Re Shewchuk* and *Druken*, the Commission has power to consider that question in discharging its duty of deciding whether to dismiss the complaint or refer it to a tribunal.

En l'espèce, on fait valoir que c'est une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* — la disposition relative au moyen de défense fondé sur « l'âge de la retraite en vigueur » — qui a été implicitement abrogée par la *Charte*. Du point de vue de la compétence de la Commission, toutefois, il n'existe pas de distinction entre la présente espèce et l'affaire *Druken*. Si les appelants ont raison, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a implicitement abrogé ce moyen de défense. Pour décider si une plainte est valide, la Commission doit déterminer si cet argument est bien fondé. Suivant le principe établi dans *Douglas College* et appliqué dans *Re Shewchuk* et *Druken*, la Commission a le pouvoir d'examiner cette question dans l'exécution de son mandat consistant à décider s'il convient de rejeter la plainte ou de la déférer à un tribunal.

102 The Commission functions as gatekeeper to the tribunal process. It cannot be, therefore, as the majority suggests, that the Commission is barred

La Commission est le gardien du processus du tribunal. Il est donc impossible, comme le proposent les juges majoritaires, qu'elle soit empêchée

from considering questions of law which the tribunal is permitted to consider. A question cannot be referred to a tribunal unless the Commission first considers it. The practical effect of the majority's approach will be to allow respondents to use the constitution as a shield, while rendering it impossible for complainants to challenge the validity of statutory defences.

I conclude that the Commission has the power to consider the issue of whether the *Charter* renders invalid the "normal age of retirement" defence. Given that the Commission's duty only is to screen the complaint, it need not decide the question finally, but only determine whether it has a reasonable chance of success. In the context of its duties under the *Canadian Human Rights Act*, the Commission has the expertise to carry out its duty in this regard. If it concludes that it does have a reasonable chance of success, then it should refer the matter to a tribunal, which can hear full representations on the matter and make its decision accordingly. The tribunal's decision on the issue of law may in turn be reviewed by the review tribunal. The review tribunal's decision in turn may be filed as a decision of the Federal Court, from which appeal lies to the Federal Court of Appeal.

IV. Whether the Commission Erred in Dismissing the Complaints

The Commission proceeded on the basis that it had power to consider whether the "normal age of retirement" defence of the *Canadian Human Rights Act* violated s. 15 of the *Charter* and was hence invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. It justified its dismissal of the appellants' complaints by asserting that the decision of this Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, upholds mandatory retirement and hence the "normal age of retirement" defence.

d'examiner des questions de droit que le tribunal peut examiner. Aucune question ne peut être déférée au tribunal si la Commission ne l'a pas d'abord étudiée. La démarche adoptée par les juges majoritaires a pour effet pratique de permettre à des intimés d'utiliser la Constitution comme bouclier, tout en faisant en sorte que les plaignants ne puissent contester la validité de moyens de défense conférés par la loi.

Je conclus que la Commission a le pouvoir d'examiner la question de savoir si la *Charte* invalide le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur». Comme sa fonction ne consiste qu'à effectuer un examen préalable de la plainte, la Commission n'a pas à rendre de décision définitive; elle doit seulement déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que la plainte soit accueillie. Dans le contexte des fonctions que lui attribue la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la Commission a l'expertise nécessaire à cet égard. Si elle conclut à l'existence de cette possibilité, elle doit alors déférer la question à un tribunal, qui tient une audience complète et rend sa décision en conséquence. La décision du tribunal sur la question de droit est susceptible de révision par un tribunal d'appel. La décision du tribunal d'appel peut, à son tour, être déposée au greffe de la Cour fédérale comme décision de cette cour et faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale.

IV. La Commission a-t-elle commis une erreur en rejetant la plainte?

La Commission a agi en présumant qu'elle avait le pouvoir d'examiner si le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur» prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* contrevenait à l'art. 15 de la *Charte* et était, par conséquent, inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a justifié sa décision de rejeter les plaintes des appelants en affirmant que la décision de notre Cour dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, avait maintenu le principe de la retraite obligatoire et, partant, le moyen de défense fondé sur «l'âge de la retraite en vigueur».

105

The respondent Canadian Airlines International argues that the Commission was right to conclude that *McKinney* provides a complete answer to the appellants' claims. In *McKinney*, this Court held that a mandatory retirement age for university professors of 65 violated the equality guarantee of s. 15 of the *Charter* but was saved under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limitation demonstrably justified in a free and democratic society. This conclusion was based, in Canadian Airlines International's submission, on the conclusion of the Court that 65 was the "normal" age of retirement for university professors. It follows, Canadian contends, that if a statute provides for retirement at the normal age for the occupation in question, it must be saved under s. 1 of the *Charter*.

106

In my respectful opinion, this argument oversimplifies the process envisaged under s. 1 of the *Charter*. Even if one were to accept the doubtful submission that the conclusion that the infringement in *McKinney* was justified under s. 1 of the *Charter* solely on the ground that this was the normal age of retirement, one cannot conclude that that factor alone would suffice in all cases to justify an infringement of s. 15. Section 1 is about much more than what is usual or "normal". The usual practice may be unjustifiable, having regard to the egregiousness of the infringement or the insubstantiality of the objective alleged to support it. Each case must be looked at on its own circumstances. It is not difficult to imagine cases where the industry standard for retirement might be unreasonable. If, for example, a computer software company decided to retire all persons over the age of 40 on the ground that most people's creativity wanes after that birthday, would the response that this was "normal" suffice to show justifiability without further inquiry? I think not.

L'intimée Lignes aériennes Canadien International soutient que la Commission a conclu à bon droit que l'arrêt *McKinney* répond entièrement aux prétentions des appelants. Dans cet arrêt, notre Cour a jugé que l'établissement à 65 ans de l'âge de la retraite obligatoire applicable aux professeurs d'université contrevenait à la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15 de la *Charte*, mais qu'il s'agissait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte*. Pour Lignes aériennes Canadien International, cette position repose sur la conclusion de la Cour selon laquelle 65 ans constitue, pour les professeurs d'université, l'âge de la retraite «en vigueur». Il s'ensuit, d'après elle, qu'une disposition législative prévoyant la mise à la retraite à l'âge en vigueur pour l'emploi visé est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*.

J'estime, en toute déférence, que cet argument procède d'une simplification à outrance du processus que suppose l'article premier de la *Charte*. Même en acceptant l'affirmation douteuse selon laquelle la conclusion voulant que la violation en cause dans le pourvoi *McKinney* ait été jugée justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* pour le seul motif qu'il s'agissait de l'âge de la retraite en vigueur, on ne saurait conclure que ce seul facteur suffirait, dans tous les cas, à justifier une contravention à l'art. 15. L'article premier fait intervenir beaucoup plus qu'un usage habituel ou «en vigueur». Il se peut qu'un usage habituel soit injustifiable en raison de l'énormité de la violation ou du peu d'importance des objectifs qu'il est censé poursuivre. Il faut examiner chaque affaire en fonction de ses propres circonstances. On peut facilement imaginer des cas où les normes appliquées dans l'industrie en matière de retraite pourront être déraisonnables. Par exemple, si une société de logiciels décide de mettre à la retraite tous ses employés âgés de plus de 40 ans en soutenant qu'après cet âge la créativité humaine décline, l'argument voulant que ce soit l'usage «en vigueur» suffirait-il à démontrer qu'il est justifiable sans autre examen? Je ne le crois pas.

Nor is the fact that unions are involved in determining what is "normal" a guarantee of justifiability. As the appellants point out, there may be many reasons why a union does not take up a particular cause. The concern may be of interest only to a minority of its members, or the union may have other more important issues on the bargaining table. Even if the union puts forward a concern like mandatory retirement age, it may be unable to win what it proposes. In collective bargaining, as in any bargaining, not every party achieves its wish-list.

In my view, the Commission erred in concluding that *McKinney* presents a complete answer to the appellant's claim. It should have concluded that the normal age of retirement may not necessarily constitute a defence to a claim for age discrimination, and referred the matter to a tribunal for investigation, hearing and decision, including a decision on the constitutional issue. Of course, when referring the complaint which involves a *Charter* issue like the one in the present case to a tribunal, the Commission is required to give notice to the Attorney General pursuant to s. 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

V. Conclusion

I would allow the appeals and direct the Commission to refer the issue to a tribunal for determination.

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

David John Cooper, on his own behalf.

Noel Edwin Bell, on his own behalf.

Solicitor for the respondent Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Je ne crois pas non plus que le fait que les syndicats aient participé à la détermination de la norme «en vigueur» en garantisse le caractère justifiable. Comme les appelants le soulignent, de nombreuses raisons peuvent expliquer pourquoi un syndicat ne défend pas une cause particulière. Il se peut qu'elle n'intéresse qu'un nombre minime de membres ou que le syndicat ait d'autres points plus importants à discuter à la table de négociation. De plus, même s'il décidait de s'attaquer à une question comme l'âge de la retraite obligatoire, il se peut qu'il soit incapable d'obtenir ce qu'il propose. En matière de négociation collective, comme dans toute négociation, les parties n'obtiennent pas tout ce qu'elles veulent.

Selon moi, la Commission a commis une erreur en concluant que l'arrêt *McKinney* répond entièrement aux prétentions des appelants. Elle aurait dû conclure que l'âge de la retraite en vigueur ne constitue pas nécessairement une défense à une plainte de discrimination fondée sur l'âge et déférer la plainte à un tribunal pour qu'il l'examine, qu'il tienne une audience et qu'il rende une décision statuant, notamment, sur la question constitutionnelle. Bien entendu, lorsqu'elle défère à un tribunal la plainte qui comporte une question relevant de la *Charte*, comme celle qui est soulevée en l'espèce, la Commission doit en aviser le procureur général conformément à l'art. 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'ordonner à la Commission de déférer la question à un tribunal.

Pourvois rejetés, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

David John Cooper, en personne.

Noel Edwin Bell, en personne.

Procureur de l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Solicitors for the respondent Canadian Airlines International Ltd.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the Amicus Curiae: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Lignes aériennes Canadien International Ltée: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'amicus curiae: Raven, Jewitt & Allen, Ottawa.